ALEXANDRE CORREIA GAETANO SCIASCIA

MANUAL DE DIREITO ROMANO

MANUAL DE DIREITO ROMANO

ALEXANDRE CORREIA GAETANO SCIASCIA

MANUAL DE DIREITO ROMANO

ABREVIAÇÕES

Inst. = indica as ***Institutas*** ou ***Instituições de Justiniano***. Primeiro vem o número do livro; depois, o do título; enfim, o do parágrafo. Por ex., Inst. 4, 15, 4 quer dizer: Institutas de Justiniano, livro 4, título 15, parágrafo 4.

D. = designa o ***Digesto***. O primeiro número é o do livro, o segundo o do título, o terceiro o do fragmento, o quarto, se houver, do parágrafo. Às vêzes se indica apenas o princípio do texto (pr.). Nos livros 30, 31, 32, que não têm títulos, o segundo é o do fragmento e o terceiro, se houver, o do parágrafo. Por ex., D. 45, 1, 73, 2 quer dizer: Digesto, livro 45, título 1, fragmento 73, parágrafo 2; D. 22, 1, 32, pr. quer dizer: Digesto, livro 22, título 1, fragmento 32, princípio. Quanto aos livros 30, 31 e 32, por ex., D. 30, 14, 6 quer dizer: Digesto, livro 30, fragmento 14, parágrafo 6.

Os nomes dos jurisconsultos, muitas vêzes acompanhados das suas obras, se encontram abreviados e se poderão ler na íntegra na lista à pág. 314.

C. = significa o *Codex* de Justiniano com os números do livro, título, constituição e, se houver, parágrafo. Por ex., C. 4, 34, 3 quer dizer: Código, livro 4, título 34, constituição 3.

Os nomes dos Imperadores (impp.) têm a qualificação de Augusti (AA.) e, às vêzes, Caesares (CC.). Depois vem o nome do destinatário da constituição. O ano indica-lhe a data.

Nov. = designa as ***Novellae*** de Justiniano. O primeiro número é o da Novela, o segundo o do capítulo.

Gai. = indica as ***Institutas de Gaio***. O primeiro número é o do livro, o segundo o do parágrafo.

Ulp. = indica as ***Regras de Ulpiano***. O primeiro é o número do título, o segundo o do parágrafo.

Paul. = indica as ***Sentenças de Paulo***. O primeiro é o número do livro, o segundo o do título, o terceiro o do parágrafo.

art. = indica o artigo do ***Código Civil Brasileiro*** de 1.º de janeiro de 1917.

ÍNDICE

NOÇÕES PRELIMINARES

PARTE GERAL

CAP. I — OS SUJEITOS DE DIREITOS

CAP. II — OS BENS

Cap. III — TUTELA E CURATELA

II — A POSSE E OS DIREITOS REAIS

Cap. I — A POSSE

Cap. II — A PROPRIEDADE

Cap. III — DIREITOS REAIS SÔBRE COISAS ALHEIAS

III — DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

Cap. I — TEORIAS GERAIS

CAP. II — O SISTEMA CONTRATUAL

CAP. III — AS DOAÇÕES

CAP. IV — OBRIGAÇÕES POR ATOS ILÍCITOS

IV — DIREITO DAS SUCESSÕES

CAP. I — SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E AB INTESTATO

CAP. II — LEGADOS E FIDEICOMISSOS

HISTÓRIA DA JURISPRUDÊNCIA E DA LITERATURA JURÍDICA ROMANA

CAP. I — A JURISPRUDÊNCIA DO PERÍODO REPUBLICANO

CAP. II — AS CONTROVÉRSIAS ENTRE SABINIANOS E PROCULIANOS

CAP. III — AS OBRAS DA JURISPRUDÊNCIA DO IMPÉRIO

CAP. IV — A CODIFICAÇÃO DE JUSTINIANO

PREFÁCIO À QUINTA EDIÇÃO

Em pouco tempo se esgotou a quarta edição dêste trabalho, prova da boa aceitação que teve por parte dos interessados. Sai hoje a quinta com algumas alterações sugeridas pela experiência do ensino.

Neste volume, tentamos apresentar um panorama do direito romano de acôrdo com os modernos esquemas jurídicos, abrindo assim caminho ao estudo do direito privado atual.

Algumas apreciações muito lisongeiras que de vários publicistas, brasileiros e estrangeiros, mereceu a obra, muito as agradecemos. São incentivo para melhorar sempre a exposição, na seqüência do tempo.

A. C.

NOÇÕES PRELIMINARES

§ 1 — O direito romano.

Chama-se direito romano ao conjunto de normas jurídicas que vigoraram em Roma e nos países regidos pelos romanos.

Da data da fundação da cidade aos nossos dias, várias vicissitudes históricas, sociais e políticas, ocasionaram a recepção da parte do direito romano, que regula as relações dos indivíduos entre si (*direito privado romano*), pelos sistemas jurídicos dos países modernos. Em muitos dêstes o direito romano foi acolhido tão amplamente, de maneira a autorizar a denominação de países com sistema jurídico de base romanística, como por exemplo, quase todos os da Europa continental, da América Latina e até mesmo do Extremo Oriente, como o Japão. Em outros a acolhida não foi tão grande, e o sistema jurídico sofreu evolução diversa e independente das normas romanas. A Inglaterra e os Estados Unidos dizem-se países com sistema jurídico anglo-saxão. Não faltam enfim sistemas jurídicos de base mista, i. é, o sistema jurídico romano coexistente com o anglo-saxão[1].

Tendo-se presente a história de Portugal e sua colonização, torna-se evidente a razão por que o Brasil segue o sistema jurídico romano. A civilização dos povos fenícios, celtas, gregos, cartagineses, na Península Ibérica, quase desapareceu em contato com a dos romanos, que, após a destruição de Cartago, em 146 antes de Cristo, atraíram todos êsses povos para a órbita da sua *civitas*, tornando-os com o tempo cidadãos romanos. A invasão dos gôdos e visigodos, após a queda do Império Romano (476 d. C.), não podia alterar profundamente uma civilização superior; e mais tarde o domínio dos árabes (711 até 1492) não se impôs de modo definitivo sôbre os povos latinos.

Quando o Condado Portucalense em 1140, com Afonso Henriques, se separa da Espanha, o direito romano ocidental constitui a base do sistema jurídico dos dois países. Com a renovação dos estudos jurídicos, promovida pela Escola de Bolonha (séc. XI e XII), as leis de Portugal cada vez

---

1. Entre os países de língua e tradições anglo-saxônias, seguem o sistema romanístico: a Escócia, as províncias de Quebec e S. Lúcia no Canadá, as colônias Maurícia e Seichela, a União Sul-Africana e a ilha de Ceilão, o Estado de Luisiania dos Estados Unidos da América, e além dêsses a Zona do Canal de Panamá e as Ilhas Filipinas. Até 1917 o sistema romano vigorou na Guiana Inglêsa.

mais assumem um caráter romano e assim são as organizadas e ordenadas por Afonso V, em 1446, nas chamadas Ordenações Afonsinas. Ao direito romano se recorre diretamente na falta de normas especiais. Diversa não é a situação, após as Ordenações Filipinas, pelas quais Filipe II, rei de Espanha e Portugal, substituiu em 1603 as ordenações anteriores.

As Ordenações Filipinas foram confirmadas e revalidadas pela lei de 20 de janeiro de 1643, quando Portugal reconquistou a sua independência da Espanha (1640) e vigoraram no Brasil até o ano de 1916. O Código Civil Brasileiro, em vigor a partir de 1.º de janeiro de 1917, foi redigido de acôrdo com os princípios romanísticos hauridos nas Ordenações Filipinas e segundo o sistema dos mais modernos códigos (sobretudo o *Bürgerliches Gesetzbuch*) diretamente inspirados no direito romano.

Até o imperador Justiniano, que reinou no mundo romano-helênico de 527 a 565 d. C., o direito romano vive em virtude de sua formação originária e de sua constante transformação intrínseca. O imperador bizantino recolhe, ordena, sanciona e promulga com a sua autoridade as normas jurídicas romanas, como resultavam dos escritos dos jurisconsultos romanos (*jura*), e das constituições dos precedentes imperadores (*leges*), constituindo assim um corpo de direito (chamado depois *Corpus Juris Civilis*), em princípio completo e definitivo, um verdadeiro código, do qual fazem parte também as leis sucessivas do mesmo Justiniano.

Ininterruptamente o direito romano se desenvolve por obra dos intérpretes da compilação imperatória. No Oriente, tendo-a como base, forma-se o direito romano bizantino, vigente até a invasão de Constantinopla pelos turcos em 1453; no Ocidente, após um período de decadência, que dura até o século XI, o direito romano justinianeu é chamado à vida pela obra dos comentadores cada vez mais intensa e fecunda. Chega assim também a Portugal, onde então vigorara o direito romano pré-justinianeu de par com o direito dos invasores bárbaros.

No fim do século XVIII e no XIX manifesta-se nos vários países, regidos pelo direito romano justinianeu, uma forte corrente para codificar-lhe as normas, segundo o princípio de autosuficiência próprio da legislação bizantina. Organizam-se assim as codificações modernas, nas quais o direito romano, quer o anterior a Justiniano, quer o posterior, não tem valor de lei por fôrça própria, mas tão sòmente enquanto acolhido e reconhecido pelas normas dos códigos e pelos princípios gerais de direito dêles resultantes[1].

Tendo presentes as observações que precedem, explica-se porque a expressão "direito romano" pode indicar várias noções diferentes, como a tradição romanista ou o direito da civilização ocidental ou o direito romano organizado como direito em vigor pelos juristas alemães do século passado (pandectistas).

---

1 As codificações na América Latina seguiram esta ordem: Haiti, 1826, Bolívia, 1831, S. Domingos, 1845, Peru, 1852, Chile, 1857, Equador, 1861, Venezuela, 1863, Nicarágua, 1867, Uruguai, 1868, Argentina, 1871, México, 1871, Colômbia, 1873, Guatemala, 1877, Salvador, 1880, Costa-Rica, 1887, Paraguai, 1889, Cuba, 1889, Honduras, 1891, Panamá, 1917.

Objeto do nosso estudo é o *direito romano histórico*, i. é, o *direito privado romano*, a partir da fundação de Roma até a morte de Justiniano, de 754 antes de Cristo até o ano 565 depois de Cristo.

§ 2 — Fases do direito romano.

Para comodidade didática e utilidade científica, nos treze séculos de vida do direito romano, que consideramos, costumam distinguir-se vários períodos. A distinção em períodos pode basear-se ou em mudanças da constituição do Estado Romano ou na modificação interna do direito privado, em consequência de acontecimentos de grande importância.

A) Sob o primeiro aspecto, naturalmente presente quando se estuda a história do direito constitucional romano, e portanto as vicissitudes dos órgãos reveladores do direito (*fontes do direito*), as várias fases assim se distinguem:

(I) O *período régio*, da data convencional da fundação de Roma (754 a. C.) à expulsão dos reis (510 a. C.). O govêrno é de forma monárquica patriarcal, baseada em princípios tradicionais de natureza prevalentemente religiosa. O rei é o magistrado único, vitalício, irresponsável. É assistido por um conselho de *senatores*, i. é, anciãos, também chamados *patres*, por serem os chefes das tribos (*gentes*). Fonte do direito neste período é sobretudo o costume (*mores*); algumas *leges regiae* se atribuem aos reis Rômulo, Numa Pompílio e Sérvio Túlio. O direito sagrado (*fas*) está ìntimamente ligado ao humano (*jus*). O colégio sacerdotal dos Pontífices tem o monopólio de um e de outro.

(II) O *período da República*, de 510 a. C. até a instauração do Principado por obra de Otaviano Augusto em 27 a. C. A coisa pública se concretiza na posição e funcionamento de diferentes órgãos da *civitas*. Ao *rex* sucedem dois magistrados supremos, anuais, (*consules*), e mutiplicam-se as magistraturas (*quaestores, praetores, censores, aediles curules, tribuni plebis*), essencialmente colegiais, temporárias e que importam na responsabilidade perante o povo. O *ius* distingue-se do *fas* e forma-se uma classe de juristas leigos. A êste período pertence a Lei da XII Tábuas, de 450 a. C. mais ou menos, base do desenvolvimento do direito, por obra da jurisprudência.

(III) O *período do Principado*, de Augusto até o imperador Diocleciano (anos 27 a. C. — 284 d. C.). É o período do maior poder de Roma. O imperador é um nôvo órgão que se insere na constituição republicana, gozando de um prestígio pessoal (*auctoritas*) que o coloca *primus inter pares*. As instituições antigas, também conservadas vivas pelo príncipe, vão perdendo sua importância; ao lado dos magistrados republicanos o imperador nomeia funcionários responsáveis diretamente perante êle. A obra dos juristas manifesta-se na órbita do poder imperial (*ius respondendi ex auctoritate principis*). Nêste período, lá pelos anos de 130 d. C., o imperador Adriano mandou consolidar pelo jurisconsulto Sálvio Juliano o edito do pretor. Em 212, Antonino Caracala

estendeu a cidadania romana a todos os homens livres, habitantes do mundo romano. Depois da morte de Alexandre Severo (235 d. C.) há cinquenta anos de caos político que preludiam a última forma de govêrno do Império.

(IV) O *período da Monarquia absoluta,* da ascenção ao trono de Diocleciano, em 284 d. C., à morte do imperador Justiniano, em 565. O centro de gravidade do império desloca-se de Roma para Constantinopla. O imperador (*dominus et deus*) é o único órgão revelador do direito; o Estado burocratiza-se em tôdas as suas manifestações. Faltam os grandes juristas e a evolução se realiza como resultado do estado de fato precedente. Constantino, em 322, reconhece oficialmente a religião cristã (edito de Milão). Pertence a êste período a Lei das Citações de Teodósio II e Valentiniano III, de 426, pela qual sòmente os escritos de cinco jurisconsultos têm valor de lei. Justiniano, enfim, recolhe a jurisprudência clássica e as constituições dos imperadores anteriores só dando fôrça de lei a essa coletânea por êle organizada e às suas constituições posteriores.

B) No concernente à evolução interna do direito romano é preferível que se lhe distingam as fases seguintes:

(I) *Período do direito quiritário* (*ius Quiritium, ius civile*), desde a fundação de Roma até a codificação da Lei das XII Tábuas. O caráter lendário dêste período e a falta de elementos autênticos não permitem uma reconstrução histórica certa. O direito está na primeira fase de seu desenvolvimento; vige o direito nacional romano, exclusivo dos cidadãos, formalístico, rigoroso, adaptado só a um povo de economia familiar e agrária, que constitui uma pequena comuna rústica com raras e esporádicas relações pacíficas com as comunas estrangeiras.

(II) O *período do ius gentium* no qual convém distinguir ulteriormente as seguintes fases:

a) Depois das guerras púnicas, vitoriosamente levadas a cabo contra os cartagineses no II século a. C., Roma se afirma como grande centro comercial, para onde afluem povos dos territórios conquistados. A economia patriarcal transforma-se em economia de tipo capitalista. Impera o *jus gentium*, i. é, o direito comum a todos os povos do Mediterrâneo, fundado sôbre o *bonum et aequum* — a boa fé: o direito universal que se aplica a todos os homens livres. Em virtude da ação do pretor, magistrado que administra a justiça, se constrói um sistema jurídico magistratual (*jus honorarium*), que auxilia, supre, emenda com elasticidade o tronco originário do *jus Quiritium*.

b) Nos últimos anos da República começa o período áureo do direito romano, i. é, o do direito clássico, que vai até a época dos últimos jurisconsultos clássicos, contemporâneos de Alexandre Severo (222-235 d. C.). O direito recebe profunda elaboração científica dos jurisconsultos que o analisam nos seus diversos elementos. Depois da consolidação do imperador Adriano, o direito adquire nôvo impulso pelo fato de a admi-

nistração da justiça ter sido assumida diretamente pelo imperador e seus funcionários (*cognitio extra ordinem*).

(III) O *período pós-clássico* que começa com Diocleciano e se encerra com o direito justinianeu. A decadência política dêste período não corresponde, em certo sentido, à decadência jurídica. Se é verdade que faltam grandes jurisconsultos e os mestres do direito procuram simplificar a produção dos juristas clássicos, é também indiscutível que o direito romano contém em si a qualidade de se adaptar aos novos princípios sociais afirmados pelo Cristianismo, que entram como os fatôres mais importantes na natural transformação do direito. Os vários sistemas jurídicos do *ius civile*, do *ius gentium*, do *ius honorarium*, da *cognitio extra ordinem* se fundem num único corpo de direito. Nêste período se forma em definitivo o direito moderno, codificado no VI.º século pelo imperador Justiniano.

No estudo do direito romano teremos ocasião de considerar ambas as distinções acima apontadas. Convém entretanto advertir que a distinção em períodos, útil didáticamente, é muito inadequada no direito romano, onde, quando um instituto não corresponde às necessidades que lhe deram origem, continua todavia a viver, transforma-se, preenche novas funções, extingue-se como inadvertidamente, de modo a verificar-se a evolução sem profundas separações substânciais, sem solução de continuidade.

§ 3 — Conceito e distinções do direito.

O direito, como complexo de normas reguladoras da conduta humana, com fôrça coativa, chama-se *ius*. É *iustum* o conforme ao direito dos romanos; *legitimum*, o derivado de uma *lex*, comumente a *lex XII Tabularum*, ou também o que deriva dos *mores*, i. é, do costume mais antigo [1].

Consta o direito de preceitos destinados a todos os membros de uma comunidade, que lhes devem obedecer. *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere* [2]. Êstes preceitos são comuns à moral, mas devem entender-se em função do direito positivo de dado momento histórico; a *honestas* é muitas vêzes encarada como produtora de consequências jurídicas [3]; a proibição de

---

1. Assim a sucessão *legitima* não é, como modernamente, a sucessão sem testamento mas a regulada pelo *ius civile;* as núpcias são *iustae*, quando contraídas segundo o direito próprio dos cidadãos romanos (Gai. 1, 55); *iusta causa* é a conforme ao direito; fala-se de atos jurídicos *legitimi* que não admitem nem têrmo nem condição (D. 50, 17, 77) para indicar os atos regulados pela Lei das XII Tábuas ou derivados da *interpretatio prudentium*.

2. D. 1, 1, 10, 1 Ulp.; Inst. 1, 1, 3.

3. Cf. D. 23, 2, 42 Mod.; D. 50, 17, 197 Mod.; D. 25, 7, 3, 1 Ulp.; D. 42, 8, 25, 7 Venul.

lesar os outros encontra no direito a mais eficaz afirmação; o princípio de dar a cada um o seu é básico na estrutura jurídica romana.

A essência e o fim do direito se indicam com a palavra *aequitas;* mas, se pela evolução da consciência social ou por circunstâncias de fato o preceito jurídico já não corresponde à sua finalidade, manifesta-se uma antítese entre *ius* e *aequitas*, entre lei e justiça. Neste sentido é que a *aequitas* corrige o *ius*, pois, como afirma Cícero, repetindo Terêncio, numa época de grande progresso social, *summum ius, summa iniuria* [1].

Conservam-nos as fontes uma única definição de *ius*, que se tornou famosa: *ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi* [2]. Deve-se notar que o elemento do *bonum et aequum* é o fundamento do *ius gentium* e que Celso é um jurista do segundo século, i. é, do tempo em que, conceptualmente, se não também na técnica das formas, se operou a fusão entre os vários ordenamentos jurídicos vigentes em Roma.

§ 4 — Ius civile, ius gentium, ius honorarium, ius extraordinarium.

IUS CIVILE e IUS GENTIUM — O *ius civile Romanorum*, que se pode chamar também direito quiritário ou *ius Quiritium*, é o direito próprio aos cidadãos romanos (*cives*). O *ius gentium* é o direito comum aos cidadãos romanos e aos estrangeiros (*peregrini*) [3]. O *ius Quiritium* é o direito nacional dos romanos, eminentemente pessoal; o *ius gentium* é o direito universal, aplicável a todos os homens livres. Mencionam-se como institutos de *ius civile* os previstos pelos costumes romanos mais antigos (por ex. a *patria potestas*)[4] ou pela lei das XII Tábuas (por ex. sucessão) ou derivados por interpretação da mesma lei. A *manus* p. ex. é peculiar aos cidadãos romanos[5]; também a estipulação na forma da *sponsio* [6] e os vínculos obrigacionais mais antigos, como a *fidepromissio*[7].

Institutos de *ius gentium* são a *traditio*, os contratos mais usados (venda, aluguel, sociedade, mandato), a forma de obrigação mais geral (*stipulatio*); atos jurídicos de valor universal para todos os homens. No curso da exposição teremos frequentemente oportunidade de mostrar

---

1. Ter., *Heauton.*, 4, 5: *Dicunt: ius summum summa est malitia.* — cf. Cic. de off. 1, 10, 33.
2. D. 1, 1, 1 pr. Ulp.
3. Gai. 1, 1; (Omnes populi qui legibus et moribus reguntur, partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utuntur; nam quod quis) *que populus ipse sibi ius constituit, id ipsius proprium est vocaturque ius civile, quasi ius proprium civitatis; quod vero naturalis ratio inter omnes homines constituit, id apud omnes populus peraeque custoditur vocaturque ius gentium, quasi quo iure omnes gentes utuntur. Populus itaque Romanus partim suo proprio, partim communi omnium hominum iure utit*(*ur*). As palavras entre parênteses são tiradas das Inst. 1, 2, 1, que reproduz o texto de Gaio.
4. Gai. 1, 55; Ulp. 10, 3.
5. Gai. 1, 108.
6. Gai. 3, 93.
7. Gai 3, 119.

como num determinado momento da evolução do Direito Romano a contraposição desaparece e o *ius civile* se identifica substancialmente com o *ius gentium*.

IUS CIVILE e IUS HONORARIUM. Esta contraposição tem origem processual; ao lado das normas próprias do *ius Quiritium*, por obra dos magistrados romanos, sobretudo do pretor, veio a constituir-se um complexo de regras, o direito pretoriano, cuja função é ajudar. suprir, emendar o direito quiritário: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* [1]. Chama-se *ius honorarium* por causa do *honor* (cargo) do magistrado; e por obviar às necessidades cotidianas é considerado a viva voz do direito quiritário (*viva vox iuris civilis*) [2]. No estudo do direito romano veremos como a constante oposição entre os dois ordenamentos jurídicos, o do direito quiritário e o do pretoriano, vai-se esbatendo; os dois sistemas se fundem definitivamente com Justiniano.

IUS EXTRAORDINARIUM. Depois da consolidação do edito pretoriano, a jurisdição dos magistrados passa ao imperador, cujas decisões renovam o sistema jurídico e se interpretam conforme as necessidades do vastíssimo império. Os imperadores e seus funcionários, tomando conhecimento das controvérsias (*cognitio*) de forma diferente da ordem normal dos juízos (*extra ordinem*), originam um conjunto de normas que podem encarar-se como pertencendo a uma ordem jurídica distinta. São da alçada dos funcionários imperiais os fideicomissos [3], a tutela, os processos de alimentos e os concernentes à liberdade das pessoas.

§ 5 — Ius naturale; ius publicum e privatum; ius commune e singulare.

IUS NATURALE. Comparado ao *ius civile*, é o direito natural uma norma constituída de antemão pela natureza e não criação arbitrária do homem. A *naturalis ratio* constitui o mais importante elemento do *ius gentium*. Considera-se *naturalis* o que decorre das qualidades físicas dos homens ou das coisas, como também o que corresponde a uma ordem normal de interêsses humanos e, por isso mesmo, não exige justificações [4]. Quando o *ius gentium* se identifica com o *ius civile*, o *ius naturale* revela-se a Justiniano como um direito estabelecido pela Providência divina (*divina quadam providentia constitutum*)[5] que é sempre bom e équo (*semper aequum ac bonum*) [6].

---

1. D. 1, 1, 7, 1 Papin.
2. D. 1, 1, 8 Marcian.
3. Inst. 2, 23, 1.
4. Exemplos em Gai. 1,189, 156.158; 2.65.66.73.79; 3,93.154.194.119 a.
5. Inst. 1, 1, 11.
6. D. 1, 1, 11 Paul.

IUS PUBLICUM e IUS PRIVATUM. O jurisconsulto Ulpiano [1] e o imperador Justiniano [2] ensinam: — "Dois são os aspectos do estudo do direito: o público e o privado. O direito público versa sôbre o modo de ser do Estado romano; o privado, sôbre o interêsse dos particulares. Com efeito, algumas coisas são úteis pùblicamente, outras privadamente". Objeto do direito público é a organização pública e religiosa do Estado, como também suas relações internacionais. *Ius publicum privatorum pactis mutari non potest* [3]. São normas de direito público também as que, embora presidam a interêsses particulares, realizam principalmente os fins sociais do Estado, como p. ex. grande parte dos direitos de família [4]. No decurso da evolução do direito, até nossos dias, assistimos a uma constante penetração do direito público no campo do direito privado.

IUS COMMUNE e IUS SINGULARE. Direito comum é o conjunto de normas que regem de modo geral uma série de casos normais. Constitui a regra em contraposição do direito singular, que é a exceção. Quando um complexo de normas vale tão sòmente para determinadas categorias de pessoas, coisas ou relações, os romanos falam em *ius singulare;* a definição de Paulo põe em relêvo as causas que originam o direito particular: *ius singulare est, quod contra tenorem rationis propter aliquam utilitatem auctoritate constituentium introductum est* [5]. Para o direito singular vale o princípio: *quod vero contra rationem iuris receptum est, non est producendum ad consequentias* [6], o acolhido contra a razão geral do direito, que inspira o direito comum, não se deve alegar para de aí tirar consequências.

O *privilegium* é uma determinação particular, geralmente favorável a determinada pessoa, e não tem portanto a extensão e a importância do *ius singulare*, tendente em todo tempo e lugar a tornar-se direito comum.

§ 6 — Fontes do direito em geral.

A expressão — fontes do direito — tem duplo significado.

Num primeiro sentido se entendem por fontes do direito os documentos através dos quais chegamos a conhecer o direito de determinado povo. Por ex., para conhecer o direito do Brasil-Colônia nos utilizaremos de todos os documentos do tempo em que o Brasil foi colônia de Portugal; igualmente, para conhecer o direito romano nos serviremos de todos os manuscritos, inscrições e referências, conducentes à história jurídica de Roma. Neste sentido se fala de *fontes de cognição* do direito.

---

1. D. 1, 1, 1, 2 Ulp.: *Huius studii duae sunt positiones, publicum et privatum. Publicum ius est, quod ad statum rei Romanae spectat, privatum, quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice utilia, quaedam privatim.*
2. Inst. 1, 1, 4.
3. D. 2, 14, 32 Papin.
4. Por ex. D. 23, 3, 2 Paul.
5. D. 1, 3, 16 Paul.
6. D. 1, 3, 14 Paul.

O outro significado de fontes do direito tem valor técnico-jurídico. O têrmo indica os meios pelos quais as regras de conduta humana adquirem caráter jurídico, tornando-se objetivamente definidas e coercitivas. São as *fontes de produção do direito*.

É óbvio que êste conceito de fonte do direito é eminentemente relativo aos vários povos. No Brasil, p. ex., é fonte do direito a lei votada pelas Assembléias Legislativas, sancionada e promulgada pelo Presidente da República; em um Estado governado por monarquia absoluta ou regime de ditadura, a fonte do direito poderá chamar-se também lei, mas será em substância a vontade do soberano ou o arbítrio do ditador.

Daí se conclui que o conceito de fonte do direito é também relativo ao tempo: as fontes do direito brasileiro atual assim são diversas das que vigoravam na época colonial.

Dado o longo período de existência do Direito Romano, as fontes do direito variaram muito no curso dos séculos, mas de acôrdo com o caráter conservador do povo romano as mudanças jamais se manifestaram de improviso e repentinamente. Disto resulta a dificuldade em se fixarem de modo preciso as fontes do direito em cada um dos períodos do Direito Romano; cada órgão revelador do direito, pode-se dizer, tem o seu precedente institucional no período anterior e sobrevive positivamente no período posterior àquele em que apareceu.

No II século d. C., no apogeu do direito romano, Gaio indica as seguintes fontes do direito: leis, plebiscitos, senatusconsultos, constituições imperiais, editos dos magistrados, respostas dos jurisconsultos [1]. A enumeração é imperfeita por faltar a primeira fonte do direito, o costume, e porque o plebiscito já não é usado no tempo do jurisconsulto para dar fôrça jurídica a normas de conduta humana. Deve-se todavia ter presente que, pelo fato de não ter havido antes de Gaio nenhuma abolição expressa de tais fontes, continuam elas a constituir fontes do direito. Sòmente com Justiniano a sua eficácia é suprimida e o direito tem como única fonte a Compilação do Imperador e suas leis. Por estas razões é preferível examinar cada fonte do direito isoladamente, traçando-lhes em síntese as linhas de afirmação e desenvolvimento.

O costume pertence ao *ius non scriptum*, as outras fontes ao *ius scriptum*, de acôrdo com a distinção que se encontra em um texto de Ulpiano e que foi acolhida por Justiniano nas suas Institutas, para quem *ius nostrum constat aut ex scripto aut ex non scripto, ut apud Graecos — tôn nómon oi éggraphoi, oi dé ágraphoi*[2]. O critério da distinção é oscilante, não sòmente porque os *nómoi* gregos abrangem também as normas morais e sociais, mas também porque tôdas as fontes, na origem, não são escritas e se transformam em normas escritas sucessivamente. Muitas normas costumeiras se redigiram por escrito.

1. Gai. 1, 2: *Constant autem iura populi Romani ex legibus, plebiscitis, senatus consultis, constitutionibus principum, edictis eorum qui ius edicendi habent, responsis prudentium.*

2. D. 1, 1, 6, 1 Ulp.; Inst. 1, 2, 3.

§ 7 — O costume.

É a forma espontânea e mais antiga de constituição do direito. Modernamente foi definido como a observância geral, constante e uniforme de uma regra de conduta, por parte dos membros de uma determinada comunidade social, convencidos de sua correspondência a uma necessidade jurídica.

Os romanos chamavam-lhe *consuetudo*, porém mais frequentemente se referiam a *mores*, costumes, e *mores maiorum*, costumes dos antepassados (*antiqui mores*, ou *mores civitatis*). Diz-se direito consuetudinário *quod voluntate omnium sine lege vetustas comprobavit* [1] e Ulpiano afirma que *mores sunt tacitus consensus populi longa consuetudine inveteratus* [2]. Nas Institutas de Justiniano fala-se em *diuturni mores consensu utentium comprobati* [3].

Nas origens de Roma, como nas de qualquer outro povo, não houve normas jurídicas escritas. O comportamento tradicional em cada circunstância determinada regulava a conduta humana. O *ius Quiritium* é constituído sobretudo pelos *mores maiorum* e é provável que as primeiras leis nada fôssem senão a redação por escrito dos costumes dos antepassados.

Mas, com o decurso do tempo o costume como gerador do direito perdeu importância em relação às demais fontes. A princípio constitui o costume o seu fundamento, uma vez que a norma legislativa deriva sempre do consenso do povo; o elemento formal porém da promulgação se sobrepõe e faz desaparecer o processo de sua formação, que está exatamente no costume.

No direito privado clássico raros são os institutos que se dizem derivados do costume; por ex., a proibição de matrimônio entre parentes próximos, a substituição pupilar e a invalidade das doações entre cônjuges. Conteúdo dos *mores* é *pudor, pudicitia, religio, pietas, gratia, reverentia, fides, parcimonia, verecundia, existimatio, officium;* encaram-se *contra bonos mores* os seguintes atos: a estipulação de uma multa para não casar ou não divorciar, para não ter prole; a cláusula "se não matar"; contrair casamento por dinheiro; não prestar reverência ao patrono, à *mater-familias;* não manter seu pai ou não resgatá-lo do cativeiro; fazer um *pactum de quota litis* ou *de dolo non praestando;* encarregar alguém de furtar ou praticar injúria a outrem; fazer doação ao cônjuge; faltar com o respeito ao Estado; contratar sôbre a herança de pessoa viva.

Quando com a *constitutio Antoniniana* todos os habitantes do Império se tornam cidadãos romanos e os costumes provinciais surgem

---

1. Cic. *de inv.* 2, 22, 67.
2. Ulp. Proem. 4.
3. Inst. 1, 2, 9. Os costumes cotidianos aprovados com uso de quem os usa imitam lei (J. BARROS, *Rop. Prefona,* 299) — *Nam diuturni mores consensu utentium comprobati legem imitantur.*

em oposição ao direito romano, Constantino declara a prevalência dêste em relação àqueles [1]. Esta norma é acolhida por Justiniano e passa para os sistemas de direito com base romanística, que reconhecem valor de fonte de direito ao costume e aos usos só quando expressamente reclamados pela lei. A fonte primária de produção do direito passou para a segunda linha; todavia se discute a possibilidade de um costume abrogar uma lei [2].

§ 8 — A lei e o plebiscito.

A lei é em geral a solene manifestação da vontade do povo [3].

Em direito romano *lex* tem significado mais amplo que o moderno e indica uma deliberação de vontade com efeitos obrigatórios. Fala-se neste sentido em *leges privatae*, como a cláusula de um contrato (*lex venditionis, lex commissoria*), o estatuto de uma sociedade (*lex colegii*). *A lex publica* é deliberação dos órgãos do Estado, que se impõe a todo o povo. Só nesta última acepção o têrmo *lex* significa a moderna lei.

Papiniano define-a: *Lex est commune praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio* [4].

Como fonte do direito a *lex* no período régio promana do soberano assistido pelos anciãos.

No período republicano se distingue a *lex rogata* da *lex data*.

(a) A *lex rogata* é a lei votada pelo povo romano reunido em comícios[5], por proposta dos magistrados (*magistratu rogante*), que se torna obrigatória para todos após a ratificação pelo senado (*auctoritas patruum*). Se a lei é votada sòmente pela parte do povo, que é a plebe (*concilia plebis*) e, portanto, é obrigatória só para ela, chama-se *plebiscitum*. Assim, Capitão o define como *lex quam plebs non populus accipit* [6]. Por obra da *lex Hortensia* de 286 [7] a. C. os plebiscitos foram equiparados às leis e obrigaram tanto a patrícios quanto a plebeus. Di-

---

1. Cod. 8, 52, 2 (ano 319 d. C.)

2. D. 1, 3, 32, 1. Casos de normas abrogadas por desuso: Gai, 1, 111; 2, 103; 3, 17; Ulp. 16, 1.

3. Gai. 1, 3.

4. D. 1, 3, 1 Papin.

5. Desde os tempos mais antigos, o povo romano se dividiu em trinta grupos, ou *curiae*, classificados segundo o recenseamento. Nos *comitia curiata* cada cúria tem direito a um voto, que é o resultado da votação anteriormente feita exclusivamente pelos seus componentes. Análogo sistema vige nos *comitia centuriata*, baseados na divisão do povo feita depois, conforme a tradição, pelo rei Sérvio Túlio, segundo critérios militares e econômicos. Nos *comitia tributa* votava também a plebe.

6. Gellio 10, 20, 5.

7. Tit. Liv., VIII, 12: (Publilius Philo) ... tres leges secundissimas plebei, adversas nobilitati tulit; unam ut plebi scita omnes Quirites tenerent ... — "Verum id jam antea sanxerat M. Horatius consul, sedandae secessioni in Aventinum an. 303. ut vidimus lib. III, 95. Id nova lege firmavit postea Q. Hortensius ditator secessione in Janiculum an. 467". Com vol. III ad hoc.

fere da *lex* porque no plebiscito a *rogatio* é feita por um magistrado da plebe como o tribuno [1].

(b) A *lex data* é a deliberação proveniente do senado ou de um magistrado delegado pelo povo. Geralmente contém disposições de caráter administrativo.

A *lex* consta de três partes: a *praescriptio* indica o nome do magistrado proponente, o dia e o lugar da votação. O nome usual da lei é tirado do do proponente; a *rogatio* contém o texto da lei, i. é, as normas que dita; a *sanctio* contém as disposições contra a eventual violação da lei.

Com relação à *sanctio* as leis se dividem [2] em: (a) *leges perfectae* quando determinam a nulidade dos atos praticados contra as suas disposições. É o caso mais frequente como por exemplo, parece, da *lex Falcidia* de 40 a. C., pela qual se o testador distribui mais de três quartos de seu patrimônio em legados êstes são nulos referentemente à quantia excedente; (b) *Leges minus quam perfectae* são as que não declaram nulo o ato praticado, mas impõem uma pena ao transgressor. A êste tipo de leis pertence a *lex Furia testamentaria*, do II século a. C., que impunha o pagamento de uma pena a quem houvesse aceitado um legado superior à soma de mil asses. A sanção destas leis visa indiretamente evitar a transgressão; mas, uma vez esta verificada, o legislador acha socialmente mais útil reconhecer a validade do ato contra a lei; (c) *Leges imperfectae* são as que não cominam sanção alguma, i. é, nem declaram nulo o ato contra a lei, nem impõem uma pena. Sua função é muito obscura, do mesmo modo que sua origem, que geralmente se liga ao direito sagrado. Faziam-se valer por obra do pretor, o qual negava a ação (*denegatio actionis*) a quem em juízo quisesse fundar-se em um ato jurídico contrário à lei, ou dava um meio de defesa (*exceptio*) a quem tivesse sido chamado a juízo para responder a uma ação. Um exemplo de *lex imperfecta* é a *lex Cincia de donis et muneribus* de 204 a. C. que proíbe as doações além de determinada quantia, mas nem comina a nulidade da doação nem impõe pena ao transgressor. No direito moderno vigora o princípio fixado numa constituição imperial, sendo que tôdas as proibições legais acarretam a nulidade do ato contrário [3].

As *leges*, como deliberações do povo, raramente tratam de direito privado; mais frequentes são os plebiscitos[4] que introduzem inovações e derrogações ao *ius civile*. Durante a idade de Augusto houve um fictício reflorescimento das normas votadas pelas assembléias populares.

No Principado, sendo assumido o poder legislativo pelo Senado e pelo Príncipe, as determinações de um e outro foram chamadas também *leges*. Evidentemente a palavra tomou um significado independente do modo de formação da norma contida na *lex*.

1. Inst 1, 2, 4.
2. Ulp. 1, 1 e 2.
3. Cod. 1, 14, 5, 1 Imp. Theodosius.
4. Cf. Tit. Liv., *Hist.*, 26, 33 um ex. de plebiscito.

No período da Monarquia absoluta *leges* são as constituições imperiais e se opõem aos *iura*, que são os escritos dos jurisconsultos. O Código de Justiniano é uma coleção de *leges* nêste sentido, ao passo que o Digesto é uma antologia de *iura*.

§ 9 — Os editos dos magistrados e em particular do pretor.

Os *edicta* eram avisos publicados pelos magistrados republicanos a fim de tornar conhecido como administrariam, durante o cargo, os negócios de sua competência. Da etimologia da palavra (e — *dicere*) se deve deduzir que, em sua origem, tais comunicações eram orais: mas o edito era transcrito a tinta em tábuas pintadas de branco (donde o nome de *album*) com letras pretas e cabeçalhos vermelhos (*rubricae*) e afixado no *forum*, onde pudesse fàcilmente (*de plano*) ser lido.

Particular importância como fonte do direito romano têm os editos do pretor urbano e peregrino e do edil curul. Nas províncias que são administradas pelo senado e não pelo príncipe, têm a jurisdição dos pretores os governadores (*praesides*), e a dos edis os questores [1].

Ao lado do pretor urbano, que desde os primeiros tempos da República [2] administrava a justiça entre os cidadãos romanos, em 242 a. C., foi instituído um outro pretor com poderes jurisdicionais nas controvérsias entre estrangeiros (*peregrini*) de diversas comunidades ou entre cidadãos romanos e estrangeiros. Pela sua competência êste pretor romano foi chamado *praetor peregrinus*.

Ao assumir o ofício o pretor publicava o seu edito, cujas normas tinham valor durante todo o tempo em que exercia o cargo. Porque êste durava um ano, o edito foi chamado *lex annua* e, em consideração ao fato de vigorar constantemente durante êste período, se chamou *edictum perpetuum*. Cada uma das disposições particulares que podiam, segundo as circunstâncias, ser estabelecidas durante o ano constituiam o *edictum repentinum*. Uma *lex Cornelia* de 67 a. C. estabeleceu que os pretores não podiam afastar-se de seus editos durante o cargo.

O novo pretor costumava confirmar as cláusulas do edito do pretor precedente, que a experiência mostrara serem úteis e oportunas; e assim no *edictum perpetuum* veio a fixar-se um núcleo de normas, que com o correr dos anos ia sempre aumentando, chamado *edictum vetus*, i. é, antigo, ou mais precisamente *edictum translaticium*, i. é, passado de pretor a pretor, distinto do *edictum novum*, com as inovações introduzidas pelo magistrado do ano.

Assim o edito se tornou cada vez mais estável. Parece que Júlio César encarregou o jurista Aulo Ofílio de codificar o edito. A obra foi retomada mais ou menos dois séculos depois pelo jurista Sálvio Juliano, o qual por encargo do imperador Adriano pelo ano de 130 d. C. reordenou

1. Gai. 1, 6.

2. *Annus hic* (365 a. C. = 389 U. C.) *insignis novi hominis consulatu, insignis novis duobus magistratibus, praetura et curuli aedilitate.* -- Tit. Liv., VII, 1.

o edito do pretor urbano, do pretor peregrino e o edito provincial, acrescentando em apêndice o edito do edil curul. Assim o edito se tornou definitivo e o adjetivo *perpetuum*, que a êle se referia, assumiu o significado moderno. A partir de então os magistrados não mais publicam o seu edito, mas se limitam a providenciar a observância do edito codificado.

Muito delicado sob o ponto de vista constitucional é determinar o valor do edito como fonte do direito romano. Em Roma os magistrados não têm o poder de constituir por si sós o *ius civile*, o qual resulta dos costumes e das leis: *praetor ius facere non potest* [1]. Em princípio portanto, o edito do pretor não é fonte do *ius civile*. Mas indiretamente, i. é, através das normas processuais, contidas no edito, o pretor vem a ajudar, a suprir, a corrigir o *ius civile*.

Os princípios relativos ao processo civil romano serão particularmente ilustrados no capítulo a isso dedicado. Aqui indicaremos, esquemàticamente, as normas de caráter processual contidas no edito para dar uma primeira idéia do modo como o pretor veio a modificar o *ius civile*.

Os meios fixados no programa jurisdicional do pretor (*edictum*) podem distinguir-se em meios pròpriamente fundados na *jurisdictio* do magistrado, i. é, no seu poder de *dicere ius* entre as partes contendentes, e em meios fundados no *imperium* que, em sentido estrito, é o poder de coerção e de polícia do magistrado.

(a) São fundados na *iurisdictio* os seguintes meios assegurados às partes pelo edito:

(I) *Denegatio actionis* — o pretor prometeu no edito que se recusaria a dar proteção processual a pretensões que, embora fundadas sôbre o *ius civile*, se mostrassem evidentemente desmerecedoras de tutela.

(II) *Exceptio* — o pretor prometeu dar a quem devesse responder por uma ação de *ius civile* um meio de defesa, fundado sôbre circunstâncias merecedoras de proteção, o qual determinava uma exceção à condenação, que necessàriamente teria decorrido dos princípios do próprio *ius civile*.

(III) *Actiones honorariae* — são novas ações, que o pretor concede para proteção de relações que o *ius civile* não tutelava ou que só tutelava quando houvesse determinados pressupostos. São estas as *actiones in factum*, as *actiones utiles*, as ações com transposição de sujeitos, as *actiones ficticiae*, que serão de modo particular estudadas na parte relativa ao processo.

(b) Baseiam-se no poder de polícia e de coerção do pretor, i. é, no *imperium*:

(I) *Stipulationes praetoriae* — são garantias que o pretor obriga as partes a prestar de modo a tornar obrigatórias as relações que, sem tais garantias, não seriam reconhecidas pelo *ius civile*.

---

1. cf. Gai 3, 32.

(II) *Missiones in possessionem* — consistem na autorização dada pelo magistrado para se apossar dos bens de uma pessoa, que se não conforma com as prescrições a ela impostas.

(III) *Interdicta,* — são ordens que o magistrado baixa a pedido de uma parte; subsistindo determinadas circunstâncias, alguém é obrigado a restituir (*interdicta restitutoria*), a exibir (*interdicta exhibitoria*) ou a abster-se de fazer qualquer coisa (*interdicta prohibitoria*). Assim, no caso em que a parte não obtempera à ordem, segue-se um processo baseado apenas nos elementos de fato e de direito propostos na ordem mesma.

(IV) *Restitutiones in integrum,* — são ordens que visam restituição ao estado primitivo que o pretor ordena, de modo que a relação jurídica é eliminada juntamente com suas consequências.

O direito que se foi formando mediante todos êstes meios processuais constitui o *ius honorarium*, que, como foi dito antes, Papiniano define *quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam* [1].

§ 10 — A jurisprudência e as respostas dos jurisconsultos.

Iurisprudentia est divinarum atque humanarum rerum notitia, iusti atque iniusti scientia[2]. A atividade dos juristas voltada para a interpretação das normas de direito (*interpretatio iuris*) aparece como fonte do direito, pois desenvolve e adapta o direito existente às necessidades sociais, que contìnuamente se apresentam e transformam criando nôvo direito. Os juristas são chamados *iuris auctores* e *iuris conditores;* de alguns se diz que *fundaverunt ius civile* [3].

A atividade dos *prudentes* se indica com os três verbos: *agere,* que não é pròpriamente a defesa em juízo, confiada aos advogados, mas antes, a indicação das formas dos atos processuais feita tanto às partes comc ao próprio magistrado; *cavere* indica a colaboração dos juristas na redação dos instrumentos jurídicos, como as *cautiones,* os testamentos que, dado o formalismo do antigo direito, exigiam particular competência; *respondere* é a atividade consistente em dar pareceres e soluções de questões (*responsa*), também por escrito (*scribere*), a pedido dos particulares, dos magistrados, das pessoas investidas do poder de decidir controvérsias (*iudices*).

No período republicano os pareceres dos jurisconsultos tiveram simples autoridade de fato sôbre o juiz a que eram apresentados; e é natural que a resposta de um jurista de valor se impusesse à mente e à consciência do juiz.

---

1. D. 1, 1, 7, 1 Papin.
2. D. 1, 1, 10, 2 Ulp.; Gai. 1, 7, referindo-se aos jurisconsultos que gozam do *ius respondendi*, diz que lhes é permitido *iura condere*, i. é, constituir o direito.
3. D. 1, 2, 2, 39 Pomp.

Esta tradição sobremaneira arraigada na prática romana foi utilizada por Augusto, que conferiu aos juristas mais eminentes o privilégio de darem respostas *ex auctoritate principis;* i. é, seus pareceres tendiam a ser obrigatórios para o juiz. Com o fim de impedir falsificações por parte dos interessados as respostas eram geralmente escritas e seladas.

Na primeira metade do segundo século d. C. um rescrito do imperador Adriano regulou o *ius respondendi* dos juristas, estabelecendo que quando houvesse respostas concordes de vários juristas, a sua opinião tinha fôrça de lei; no caso de divergência o juiz podia seguir o parecer que quisesse.

Gaio enumera os *responsa* dos juristas, que obtiveram o *ius respondendi,* entre as fontes do direito [1].

No período pós-clássico, porém, com a decadência da jurisprudência, se citam e utilizam as respostas dos juristas clássicos. Com o fim de eliminar a confusão, que então se verificara, os imperadores Teodósio II e Valentiniano III baixaram a chamada *Lei das Citações,* em 426, pela qual sòmente as opiniões de Papiniano, Ulpiano, Paulo, Modestino e Gaio tinham fôrça de lei. No caso de discordância prevalecia a opinião da maioria; no de igualdade, a opinião de Papiniano quando alegada; em caso de não existir esta, o juiz podia seguir a opinião que mais oportuna lhe parecesse. A Lei das Citações, como mui bem se disse, institui "um tribunal de mortos".

Justiniano declara que o Digesto é uma coleção das obras dos juristas, que gozaram do *ius respondendi* [2]. A afirmação não é de todo exata, porque o Digesto contém trechos de juristas, como p. ex. Gaio, que não gozaram em vida do *ius respondendi;* o imperador porém, promulgando a sua compilação, atribuiu implìcitamente valor de lei a todos os fragmentos dos juristas clássicos nela contidos ou de qualquer modo citados.

§ 11 — Os senatusconsultos.

Senatusconsultum é a deliberação do senado mediante proposta do magistrado. Sòmente no período do Principado tal deliberação vem a ter fôrça de lei e portanto é fonte de direito.

O senatusconsulto consta de um preâmbulo, do texto proposto pelo magistrado (*relator*) e da deliberação formulada desta maneira: *de ea re senatores censuere.* O nome do senatusconsulto é tirado do do proponente (p. ex. S. C. *Juventianum* do jurista *Juventius Celsus*)[3] que muitas vêzes é o príncipe (p. ex. S. C. *Neronianum* de Nero[4]; S. C.

---

1. Gai. 1, 7.

2. Const. *Deo auctore* § 4.

3. O S. C. *Juventianum* de 129 d. C. distinguiu o possuidor de boa-fé da herança do possuidor de má-fé. (D. 5, 3, 20, 6).

4. O S. C. *Neronianum* estabeleceu que um legado disposto com palavras não idôneas para o seu conteúdo era válido como se disposto com a fórmula mais ampla (Gai. 2, 197).

Claudianum de Claudio [1] etc.); ou também do nome da pessoa que provocou a intervenção do senado (p. ex. S. C. *Macedonianum*) [2].

No período régio a deliberação dos anciãos parece que não era nem obrigatória nem vinculante para o rei.

No período da República o senado tem várias funções constitucionais, mas por si só não tem poder legislativo. Exerce todavia uma influência indireta sôbre a formação do direito, aconselhando aos magistrados que sigam determinadas prescrições na administração da justiça.

No início do Principado esta situação de fato é favorecida pelo imperador, o qual encontra nos senadores, (todos pràticamente nomeados por êle), pessoas submissas e, portanto pode disfarçar por deliberação senatorial o que é ùnicamente de sua vontade. As dúvidas surgidas a respeito da qualidade de fontes do direito do senatusconsulto no tempo de Gaio não mais existem. O jurisconsulto os enumera entre as fontes definindo-o: *quo senatus iubet atque constituit* [3].

Aos juristas todavia não passa despercebido que substancialmente o senatusconsulto é o que propôs o príncipe e por isso lhe chamam *oratio principis*. Pelos fins do Principado, a aprovação do senado deixa de ter o simples valor formal e o senatusconsulto já não é fonte ativa do direito.

§ 12 — As constituições imperiais.

Durante o Principado, com mais precisão no II século, depois de Adriano, as deliberações do imperador são fontes do direito [4]. *Quod principi placuit legis habet vigorem* [5], o que aprouve ao príncipe tem valor de lei. Os juristas reconhecem tal valor à vontade do príncipe referindo-se à *lex de imperio*, pela qual foi atribuída a Augusto a autoridade suprema. Para os sucessivos imperadores foi preciso, cada vez, uma nova lei *de imperio*.

O poder legislativo do imperador substituiu progressivamente o dos outros órgãos (senado e pretor) que, como já foi visto, nêste período deixam de ser fontes ativas do direito. No período da Monarquia absoluta o imperador é a única fonte do direito.

As providências legislativas imperiais chamam-se *constitutiones* ou também *placita;* no último período do direito romano se chamam tècnicamente *leges*. Distinguem-se como segue:

(I) *Edicta-* são as deliberações de ordem geral baixadas pelo imperador na sua qualidade de magistrado do povo romano, pois ao príncipe

---

1. O mais importante dos senatusconsultos, que trazem o nome do imperador Cláudio, é o do ano 52 d. C. que regula os efeitos da união de uma mulher livre com um escravo (Cfr. Gai. 1, 84-86).

2. Cfr. D. 16, 6, 1 pr. Ulp.; Inst. 4, 7, 7.

3. Gai. 1, 4.

4. Gai. 1, 5.

5. D. 1, 4, 1 pr. Ulp.; Inst. 1, 2, 6.

compete o *ius edicendi* que lhe deriva do *imperium proconsulare.* Os editos têm duração indefinida, se não são abrogados pelos sucessores.

(II) *Mandata-* são as instruções enviadas pelo imperador aos funcionários imperiais e aos governadores das províncias. Têm geralmente caráter administrativo, mas não deixam de exercer influência sôbre o direito privado.

(III) *Decreta-* são as sentenças emanadas do imperador no exercício do supremo poder jurisdicional (*iurisdictio*) que lhe pertence. O príncipe decide em primeira instância ou em grau de apelação sôbre questões a êle submetidas por particulares. Esta sua atividade jurisdicional chama-se *extraordinaria cognitio,* porque está fora da ordem dos juízos privados (*ordo iudiciorum privatorum*). Os decretos eram aplicados e estendidos pelos juristas a casos semelhantes constituindo assim fonte do direito.

(IV) *Rescripta-* são as respostas pedidas ao imperador a respeito de casos jurídicos a êle submetidos ou pelos particulares ou pelos magistrados. Sendo escritos não sòmente no verso (*retro*), mas também ao pé das cartas enviadas por êles, se chamam também *epistulae.*

Para o direito privado maior importância têm os decretos e os rescritos, que embora baixados para decisões de casos particulares, estabelecendo normas de caráter geral (*constitutio generalis*), dão ensejo à modificação do direito vigente.

Durante o período da Monarquia absoluta se acrescentam muitos outros tipos de constituições imperiais, entre as quais as *pragmaticae sanctiones,* providências de ordem administrativa, dispostas com menores formalidades e que têm um interêsse geral. É famosa entre estas a *pragmatica sanctio pro petitione Vigilii,* pela qual o imperador Justiniano, a pedido do bispo de Roma, Vegílio, em 554, estendeu a sua legislação ao império do Ocidente.

Ao lado das compilações, obra de particulares, das constituições imperiais (Códigos Gregoriano e Hermogeniano — IV século d. C.), foi feita em 439 d. C., uma coleção oficial das constituições imperiais (*leges*) por obra de Teodósio II. O Código Teodosiano tem especial importância para a história do direito português porque muitas constituições nêle contidas passaram para as compilações de leis bárbaras feitas em 500 d. C. por Alarico II, rei dos gôdos (*Lex Romana Visigothorum*) e por Gundobaldo, rei dos borgúndios (*Lex Burgundiorum*), que constituíram o direito vigente em Portugal até o século XV, quando João das Regras introduziu o direito romano ressuscitado graças à escola de Bolonha.

O código Justinianeu é uma coleção de *leges,* do mesmo modo que as Novelas, i. é, as novas constituições posteriores à Compilação justinianéia.

§ 13 — O direito privado e sua exposição.

Como foi dito acima, o direito privado é a parte do direito que regula a atividade dos particulares, para lhes proteger os interêsses. Às vêzes,

tais interêsses particulares coincidem com os públicos, i. é, os de utilidade coletiva, e portanto é difícil traçar uma precisa distinção entre direito público e privado. No direito romano, muitas relações hoje reguladas pelo direito público, pertencem ao direito privado; mas também em Roma, como agora, se pode observar a contínua tendência dos institutos jurídicos a transportar-se do direito privado para o público.

A doutrina moderna divide o direito privado em dois ramos fundamentais: o direito civil e o direito comercial. Os jurisconsultos romanos não conhecem a distinção. Por certo, o *ius gentium*, que é o direito que se desenvolveu pela expansão política e mercantil de Roma, participa sob muitos aspectos das características do atual direito comercial; é tratado mesmo como tal por alguns autores. Mas, considerando que no decurso do desenvolvimento do direito romano o *ius gentium* foi absorvido pelo *ius civile*, não se pode comparar ao direito comercial moderno, de formação histórica peculiar.

O sistema de exposição do direito privado, seguido por Gaio [1], distingue a matéria do modo seguinte: 1) *Direito das pessoas* (*personae*), concernente à condição do homem segundo os grupos sociais a que pertence; 2) *Direito das coisas* (*res*), às relações patrimoniais quanto aos bens, às obrigações e à herança; 3) *Direito das ações* (*actiones*), aos meios de defesa dos direitos segundo o processo civil. O mesmo sistema foi adotado pelas Institutas de Justiniano.

Modernamente, o direito civil consta das normas reguladoras das relações dos indivíduos como membros de um grupo familiar; e das que regulam as relações dos indivíduos no respeitante às coisas que se usam para as necessidades da vida ou se transmitem por ocasião da morte. Disto deriva a distinção da matéria em dois grandes setores: (a) direitos não patrimoniais; (b) direitos patrimoniais.

O sistema moderno de exposição do direito civil, que remonta à tradição científica de Savigny, distinguindo quatro partes da matéria, antepõe-lhes uma chamada "parte geral", onde coloca os princípios comuns a cada setor. Teixeira de Freitas, embora aceite a construção da parte geral, que evita repetições e corresponde a uma exigência mais altamente científica, propõe uma ordem baseada, antes de mais nada, sôbre o critério técnico da distinção entre direitos pessoais e reais, da qual trataremos mais adiante. O legislador brasileiro preferiu seguir a classificação tradicional da parte geral e das quatro partes do direito civil.

Expondo o direito privado romano, é necessário tratar, na parte comum às outras, também do processo civil, sem o conhecimento do qual é difícil entender a proteção e o desenvolvimento dos institutos jurídicos romanos. Assim, a parte geral constará das normas gerais relativas às pessoas, sujeitos de direitos; às coisas, objetos de direitos; aos atos jurí-

---

1. Gai. 1, 8: *Omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones;* todo o direito de que usamos ou respeita às pessoas ou às coisas ou às ações. Cf. D. 1, 5, 1 Gai.; Inst. 1, 2, 12.

dicos, i. é, às ações e fatos com consequências jurídicas, e à defesa dos direitos exercida segundo as formas processuais.

As outras quatro partes são:

(I) Direito de família, i. é, a parte do direito privado que regula os estados e as relações de família;

(II) Direito das coisas, i. é, a parte do direito privado que reconhece aos sujeitos relações diretas e imediatas para com as coisas;

(III) Direito das obrigações, i. é, a parte do direito privado que reconhece aos sujeitos relações com as coisas, por intermédio de outras pessoas;

(IV) Direito das sucessões, i. é, a parte do direito privado que regula o destino das relações jurídicas dum sujeito, depois de sua morte.

Esta ordem de exposição, que nos leva a considerar o direito romano em função do direito moderno, é preferível por isso mesmo ao sistema de Gaio.

Nós seguiremos o sistema do Código Civil Brasileiro apresentando os institutos jurídicos correspondentes no direito romano. Embora êste método ofereça uma visão dêsse direito através do prisma moderno e por isso não absolutamente pura nos seus tons e matizes, é entretanto indispensável ao estudante que vive na atmosfera contemporânea, à luz da qual pode parecer obscurantismo ou miragem o desejo de reconstruir a estrutura autêntica do direito romano. Sem dúvida, o estudo do direito romano como disciplina autônoma seria infinitamente mais eficiente para a formação cultural e jurídica da mocidade; mas tal programa de educação científica não é apreciado pelo pragmatismo moderno, de vistas sobremodo acanhadas.

PARTE GERAL

Capítulo I

OS SUJEITOS DE DIREITOS

§ 14 — Sujeitos de direitos em geral.

Hominum causa omne ius constitutum est[1], todo o direito é constituído para os homens.

Segundo a terminologia moderna, *pessoa* indica o titular de direitos e de obrigações jurídicas. *Pessoa* é o homem ou um ente imaterial e abstrato que no tocante às relações patrimoniais, é considerado um indivíduo.

Em direito romano clássico, *persona* equivale a homem, mesmo escravo[2]; e porque como escravo o homem não pode ser titular de direitos e obrigações, a palavra não tem o moderno significado técnico. Além disso, não abrange os entes imateriais, hoje chamados *pessoas jurídicas* ou *morais* em oposição às pessoas físicas. Delas trataremos no fim do presente capítulo.

O indivíduo é denominado também *caput*, ou *cabeça*, mas sempre independentemente da sua personalidade. Com efeito, a *capitis deminutio* não importa sempre em perda ou diminuição da mesma [3]. O livre é chamado *caput liberum* e o escravo *caput servile*.

Chama-se *capacidade jurídica* à aptidão do sujeito para ser titular de direitos e de obrigações jurídicas. Distingue-se da capacidade para exercitar os próprios direitos, que sempre a pressupõe.

Em direito romano faltam têrmos gerais para indicar uma ou outra. A capacidade jurídica, em relação aos direitos patrimoniais, chama-se *commercium*, definido como *emendi vendendique invicem ius*[4]; a capacidade de contrair um matrimônio válido, segundo o *ius civile*,

---

1. D. 1, 5, 2, Hermog.

2. Gai, 1, 9; 1, 120; 1, 121; 4, 135; D. 30, 86, 2 Iul.: D. 50, 16, 215 Paul.; D. 50, 17, 22 Ulp. — Em Aulo Gellio 5, 7 se apresenta a etimologia de *persona* como provindo de *per-sonare*, com referência ao som carregado da voz do ator que fala usando máscara (persona).

3. Gai. 1, 159-163.

4. Ulp. 19, 5.

chama-se *connubium*, i. é, *uxoris iure ducendae facultas* [1]; em matéria de sucessão hereditária falamos de *testamenti factio* e os têrmos *capax* e *capacitas* jamais tiveram o valor geral adquirido na linguagem jurídica moderna. No domínio do direito público, o *ius suffragii* é o direito de voto nos comícios romanos; e o *ius honorum*, o direito de aspirar às magistraturas romanas.

Com o têrmo *status* se quer significar a situação de um indivíduo respectivamente a um conjunto de relações. Ao contrário do que geralmente se dá no direito privado atual, em que o indivíduo se encara como sujeito autônomo, independente de qualquer ligação com comunidades sociais, no direito romano a personalidade deriva da posição (*status*) que ocupa o indivíduo dentro dos diferentes grupos a que pertence. Assim quanto à capacidade jurídica há pressupostos: *status libertatis, status civitatis, status familiae*[2]. Por isso tratando do homem como sujeito de direitos considerar-lhe-emos distintamente a posição como membro da comunidade dos homens livres, dos cidadãos e da família.

§ 15 — O homem sujeito de direitos.

Por princípio do *ius civile*, o homem é sujeito de direitos sòmente quando nêle concorrem a qualidade de livre, a de cidadão romano e a de pessoa independente do poder familiar. Entende-se que, antes de tudo, é necessário o requisito natural da sua existência.

O homem existe quando nasceu. *Partus nondum editus homo non recte fuisse dicitur* [3], porque *antequam edatur, mulieris portio est vel viscerum* .

Todavia, para alguns efeitos jurídicos a lei considera o que foi tão sòmente concebido (*nasciturus*) e lhe garante direitos que lhe pertencerão quando houver nascido. *Qui in utero est, perinde ac si in rebus humanis esset, custoditur, quotiens de commodis ipsius partus quaeritur: quamquam, antequam nascatur, nequaquam prosit*[5]. Nêste sentido se deve entender o brocardo vulgar *conceptus pro iam nato habetur*, com efeitos para fins particulares, como o pelo qual se determina a capacidade jurídica do indivíduo desde o momento da concepção, se isto lhe favorecer o *status libertatis* [6] ou lhe aproveitar para

---

1. Ulp. 5, 3; Gai. 1, 56-57.

2. D. 4, 5, 11 Paul.: *Capitis deminutionis tria genera sunt: maxima, media, minima; tria enim sunt, quae habemus: libertatem,civitatem, familiam. Igitur cum omnia haec amittimus, hoc est libertatem et civitatem et familiam, maximam esse capitis deminutionem. Cum vero amitimus civitatem retinemus, mediam esse capitis deminutionem; cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat.*

3. D. 35, 2, 9, 1 Papin.

4. D. 25, 4, 1, 1 Ulp.

5. D. 1, 5, 7 Paul.

6. Gai. 1, 89.

as qualidades honoríficas do pai [1]. Igualmente, ao concebido se reservam direitos sucessórios[2]; por isso no seu interêsse é nomeado um curador.

O parto deve ser perfeito (*partus perfectus*), i. é, verificar-se pelo menos dentro do sétimo mês após a concepção. Deve ter forma humana, i. é, não ser *monstrum* nem *prodigium*.

É necessário além disso o homem nascer vivo. *Qui mortui nascuntur neque nati neque procreati videntur* [3]. Para os Proculianos a manifestação da vida era constituída pelo fato de ter o recém-nascido emitido um vagido; os Sabinianos consideravam suficiente qualquer sinal de vida. Justiniano acolheu a opinião dos Sabinianos [4].

A morte assinala o fim da existência física do homem. A prova da morte deve ser aduzida por quem pretende derivar direitos de tal evento. Em caso de incerteza, vale o princípio que *si pariter decesserint nec appareat quis ante spiritum emisit, non videtur alter alteri supervixisse* [5]; i. é, se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, não se podendo averiguar se algum dos *commorientes* precedeu aos outros, considerar-se-ão simultâneamente mortos. Justiniano estabeleceu, no caso de morte simultânea, várias presunções destinadas a determinar o momento da morte entre várias pessoas desaparecidas na mesma circunstância. Assim, quando pais e filhos hajam perecido no mesmo acontecimento, se presume premorto o filho, se impúbere; ou o pai, se o filho é púbere. As presunções se multiplicaram no direito comum, mas não foram acolhidas pelo legislador brasileiro.

§ 16 — Status libertatis.

Libertas est naturalis facultas eius, quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur [6]. A definição não satisfaz aos juristas modernos porque determina o conceito de liberdade indicando o que não é permitido fazer. Além disso no ponto de vista jurídico a fôrça ou a violência (*vis*) não exclui a liberdade. Mas dada a sua extensão, uma definição positiva não é possível. Durante todo o desenvolvimento do direito romano, assistimos a uma constante tendência para favorecer a liberdade (*favor libertatis*), que se manifesta não só no progressivo melhoramento da condição dos escravos, mas mais em geral, atenuando qualquer obrigação e ônus das pessoas e das coisas dentro dos limites dos interêsses sociais e econômicos em conflito. O princípio da liberdade, pode-se afirmar, inspira totalmente o direito de Roma.

---

1. D 50, 2, 2
2. Gai. 1, 147; D. 38, 16, 3, 9 Ulp. Assim também proíbe-se o abôrto.
3. D. 50, 16, 129 Paul.
4. C. 6, 29, 3 Iustinianus.
5. D. 34, 5, 18 pr. Marcian.
6. D. 1, 5, 4 pr. Florent.; Inst. 1, 3, 1.

Os homens podem ser livres ou escravos [1].

Os homens livres se distinguem em *ingenui,* se, nascidos de livre estirpe, jamais foram escravos: e *liberti*, se, nascidos ou caidos no estado de escravidão, depois foram libertados[2].

Portanto, a liberdade se adquire pelo nascimento ou em virtude de um ato jurídico (*manumissio*). Em alguns casos se adquire em virtude da lei.

A liberdade perde-se pelos mesmos modos pelos quais se cai na escravidão. A perda do estado de liberdade chama-se *capitis deminutio maxima* e implica a perda da capacidade jurídica: *capitis deminutio morti coaequatur* [3].

§ 17 — Os ingênuos.

É ingênuo quem nasce de mulher livre no momento do parto. Além disso, é ingênuo o concebido em justas núpcias, mesmo que a mãe depois, no momento do parto, tenha-se tornado escrava; pois *qui legitime concipiuntur* ex *conceptionis tempore statum sumunt* [4].

A *ingenuitas* é um estado natural que importa na mais alta situação social, e no ponto de vista estritamente jurídico determina os mais amplos direitos, a exclusão dos deveres próprios a outra categoria de pessoas livres, os libertos. Êstes todavia por concessão do imperador puderam, a princípio, obter os atributos do estado de ingenuidade (*ius aureorum anulorum*); de modo que, durante a vida, são considerados ingênuos; mas, relativamente aos direitos de sucessão hereditária, permanecem sempre libertos. Depois, puderam obter do imperador a *natalium restitutio,* de maneira que o liberto para todos os efeitos *perinde habetur atque si ingenuus natus esset* [5]. Era mister em cada caso o consentimento daquêle de quem o liberto dependia. Tutelando os direitos dêste, Justiniano, em disposição geral, concedeu a *ingenuitas* a todos os libertos, dando-lhes o *ius regenerationis* [6]. Assim desapareceu a distinção entre ingênuos e libertos.

§ 18 — Os libertos.

Originàriamente, eram libertos os escravos que haviam adquirido a liberdade em virtude de uma manumissão válida, pelo *ius civile* (*iusta*

---

1. Gai. 1, 9. É a suma divisão do direito das pessoas.
2. Gai. 1, 10 e 11.
3. Gai. 3. 153. Quanto ao valor da liberdade Gai. 2, 265 afirma que *pretii computatio nulla intervenit;* Paul 5, 1, 1 diz *que homo... liber nullo pretio aestimatur;* Ulp. em D. 50, 17, 106: *Libertas inaestimabilis res est.*
4. Gai. 1, 89.
5. D. 40, 11, 2 Marcian.
6. Nov. 78.

ac *legitima manumissio*). Gaio chama-lhes *libertini* [1], que pròpriamente são os libertos considerados independentemente da alforria. Designam-se assim também os filhos dos libertos.

O senhor que manumitiu o escravo é chamado *patronus*. Os deveres do liberto relativamente ao patrono são o *obsequium*, as *operae*, os *bona*.

I) *Obsequium* é o respeito e a reverência que o liberto deve ao seu patrono[2]. É uma obrigação de caráter social, que se manifesta jurìdicamente, por exemplo, na proibição de citar em juízo o patrão, sem a permissão do magistrado [3]. Em caso de grave ingratidão do liberto, o patrono pode obter a sua *revocatio in servitutem*.

II) *Operae* são os serviços que o escravo, antes de manumitido, prometeu prestar ao patrono. Distinguem-se em *operae officiales*, consistentes no exercício de uma profissão; e em *operae fabriles*, exercício de um mister. A promessa de prestar as obras dá lugar tão sòmente a uma obrigação natural, pois o escravo não tem a capacidade de se obrigar. Usava-se porém reforçar o vínculo moral com um juramento (*promissio iurata liberti*) [4] ou com uma estipulação posterior à manumissão. Várias são as causas de isenção das *operae*, em geral perdoadas quando houvessem sido impostas com o único fim de agravar o estado de liberdade do escravo manumitido (*onerandae libertatis causa*).

III) *Bona*. Em virtude da Lei das XII Tábuas o patrono sucedia ao liberto morto intestado e sem filhos [5]. O pretor além disso dispôs que, em certas condições, ao patrono pertencia, a título de legítima, a metade dos bens do liberto [6]. As ações *Fabiana* e *Calvisiana* visavam tutelar a legítima expectativa do patrono sôbre tais bens, dando a possibilidade de revogar os atos do liberto praticados em fraude do patrono.

Entre patrono e liberto existe além disso a recíproca obrigação alimentar, na medida das possibilidades econômicas respectivas.

A relação de patrono se transmitia aos seus descendentes; mas os filhos dos libertos não lhe estavam adstritos.

Em relação à capacidade jurídica, os libertos são *cives romani*, *latini* ou *dediticii* [7]. A situação de cada um dêstes grupos interessa ao *status civitatis*.

---

1. Gai. 1, 11.
2. Gai. 1, 172 (*honor*).
3. Gai. 4, 46.
4. Gai. 3, 83; 3, 96.
5. Gai, 3, 40.
6. Gai. 3, 41.
7 Gai. 1, 12; Ulp. 1, 5; Inst. 1, 5, 3.

§ 19 — **Os escravos.**

Servitus est constitutio iuris gentium, qua quis dominio alieno contra naturam subicitur[1]. A escravidão é um instituto *iuris gentium* porque originàriamente todos os povos da antiguidade costumavam escravizar os inimigos feitos prisioneiros; aliás os Romanos fazem derivar a palavra *servus* de *servare* = guardar; porque os prisioneiros de guerra geralmente não eram mortos, mas conservados, para depois serem vendidos como escravos.

A figura do escravo no direito romano torna-se nítida se se lhe distingue a posição ante os princípios do *ius civile*, da sua posição de fato que, especialmente por obra da legislação imperial, obteve mais tarde reconhecimento jurídico.

(a) Perante o *ius civile*, o escravo está na condição de coisa[2] e portanto é suscetível de qualquer relação patrimonial (propriedade, posse, objeto de uma obrigação e disposição de última vontade). O senhor tem sôbre o escravo o poder que tem sôbre qualquer coisa de sua propriedade. A lei Aquilia do III século a. C. equipara o matar um escravo à destruição da coisa alheia. Qualquer aquisição do escravo pertence ao senhor [3]; para os atos que acarretam prejuízo ao senhor vige o princípio pelo qual *melior conditio nostra per servos fieri potest, deterior non potest* [4]. Diz-se que *servile caput nullum ius habet* [5]; o escravo não contrai matrimônio, mas uma relação (*contubernium*) sem consequências jurídicas; êle não tem direitos de família ou sucessórios, pois *servilis cognatio nulla est* [6]; não tem patrimônio, não pode contrair créditos ou dívidas, porque *in personam servilem nulla cadit obligatio* [7]. Não pode agir nem ser réu em juízo porque *cum servo nulla actio est* [8].

(b) Mas de fato, especialmente por influência das doutrinas filosóficas gregas, se reconhece que o escravo é também homem, de forma que sua personalidade moral não demorou em ter reconhecimento jurídico. No mais antigo direito se admitia a adoção de escravos; suas uniões se proibem pelas mesmas razões proibitivas dos casamentos entre livres [9]; o lugar onde é sepultado é *res religiosa*, pois o escravo participa do *fas;*

---

1. D. 1, 5, 4, 1 Florent.; cf. Inst. 1, 3, 2 : Gai. 1, 52: *In potestate itaque sunt servi dominorum. Quae quidem potestas iuris gentium est; nam apud omnes peraeque gentes animadvertere possumus, dominis in servos vitae necisque potestatem esse; et quodcumque per servum adquiritur, id domino adquiritur.*

2. Gai. 2, 13.

3. Gai. 2, 86.

4. D. 50, 17, 133 Gai.

5. D. 4, 5, 31 Paul.

6. Ulp. 12, 3.

7. D. 50, 17, 22 pr. Ulp.

8. D. 50, 17, 107 Gai.

9. D. 23, 2, 14, 2: ...*quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est.*

o parto da escrava não é considerado materialmente como fruto de uma coisa. O jurista Sabino sustentou que o escravo alforriado por testamento como herdeiro necessário não sofria a *ignominia*, visto que se tratava duma consequência legal, sem sua culpa[1]; várias disposições imperiais limitam os poderes do senhor e se afirma que não é permitido *supra modum et sine causa in servos suos saevire*[2]. Reconhece-se que os escravos ficam obrigados pelos delitos e não lhes desaparece a responsabilidade quando manumitidos; quanto aos contratos, suas obrigações se encaram como naturais[3].

Nesta orientação muito influi o Cristianismo no direito justinianeu: Justiniano reconhece o parentesco do escravo como causa de consequências jurídicas. Nas relações patrimoniais a condição do escravo é quase de todo igualada à do *filius familias;* o escravo do povo romano (*servus publicus*) pode dispor por testamento de metade do pecúlio[4].

A escravidão se origina do nascimento, do aprisionamento na guerra e de disposições penais do *ius civile.*

a) Nasce escravo o filho da mulher escrava no momento do parto, qualquer que seja a condição do pai. O princípio *qui illegitime concipiuntur statum sumunt ex eo tempore quo nascuntur*[5] se modifica no direito justinianeu *favore libertatis*, no sentido de que o indivíduo nasce livre se a mãe, em um único momento intermédio entre a concepção e o parto, foi livre.

b) Por direito das gentes o inimigo feito prisioneiro torna-se escravo (*servitus iusta*); recìprocamente, o cidadão romano feito prisioneiro pelo inimigo torna-se escravo (*servitus iniusta*).

Em direito romano a posição jurídica daquele que retorna da prisão de guerra é tutelada pelo instituto do *ius postliminii.* Em virtude dêle, o que retornara à pátria era reintegrado em tôdas as relações fundadas em pressupostos de direito que precedentemente lhe assistiam[6].

Não era, ao contrário, reintegrado nas relações fundadas em pressupostos de fato, como a posse, só existente enquanto subsistem os elementos de fato.

No referente à sucessão hereditária do romano morto como prisioneiro, para ressalvar a validade do testamento por êle feito antes da *captivitas,* fingiu-se que tivesse morrido no mesmo instante em que caíra nas mãos do inimigo (*fictio legis Corneliae*)[7].

1. Gai. 2, 154.
2. Gai. 1, 53.
3. Gai. 3, 119 a.
4. Ulp. 20, 15.
5. Gai. 1. 89.
6. Inst. 1, 12, 5: *Postliminium fingit eum, qui caput est, semper in civitate fuisse.*
7. D. 28, 1, 12 Jul.: *Lege Cornelia testamenta, eorum, qui in hostium potestate decesserint, perinde confirmantur, ac si hi, qui ea fecissent in hostium potestatem non pervenissent; et hereditas ex his eodem modo ad unumquemque pertinet;* D. 49, 15, 18, Ulp.: *In omnibus partibus iuris is, qui reversus non est ab hostibus, quasi tunc decessisse videtur, cum captus est.*

c) Pelo *ius civile* antigo muitos eram os modos pelos quais o cidadão romano se tornava escravo[1]. Geralmente isto acontecia, a título de pena, como no caso do renitente ao recrutamento (*indelectus*); ou daquele que se subtraíra à obrigação do censo (*incensus*). Particular importância para a história das obrigações tem a norma da Lei das XII Tábuas, pela qual o devedor insolvente podia ser vendido pelo credor, em território estrangeiro (*trans Tiberim, peregre*) como escravo. Estas pessoas não têm o *ius postliminii*. No campo do direito internacional o estado romano podia entregar ao estado estrangeiro ofendido o cidadão romano autor da ofensa [2].

A escravidão extingue-se pela manumissão ou pela lei.

Distinguem-se dois tipos de manumissão ou alforria — a reconhecida como válida pelo *ius civile* (*iusta ac legitima manumissio*) [3] em virtude da qual o escravo se torna liberto e cidadão romano; e a que comporta tão sòmente efeitos do direito pretoriano. No direito do império tornam-se escravos (*servi poenae*) os condenados aos trabalhos forçados nas minas (*ad metalla*) ou *ad bestias*. O patrono pode pedir ao magistrado a revogação da alforria por ingratidão do liberto (*revocatio in servitutem*).

(a) São formas de alforria do *ius civile* a *manumissio vindicta* consistente em um ato solene realizado perante o magistrado [4]: um cidadão romano (*adsertor in libertatem*) toca com uma varinha o escravo, afirmando o seu estado de liberdade; o senhor não se opondo, o magistrado procede à *addictio libertatis*, i. é, à atribuição da liberdade. Por fôrça da *lex Aelia Sentia* de 4 d. C., para esta forma de alforria exigiu-se que o senhor tivesse idade superior a 20 anos, e o escravo mais que 30, a não ser que se provasse uma justa causa de alforria. Pela mesma lei não gera a liberdade a manumissão com o fim de prejudicar os credores (*in fraudem creditorum*) ou a feita pelo liberto para fraudar o patrono nos direitos de sucessão sôbre os bens dêle [5]. Outra forma de alforria do *ius civile* era a *manumissio censu*, consistente na inscrição do escravo, por vontade do senhor, nas listas censuais. Com o desaparecimento do censo esta forma caiu em desuso. Do *ius civile* é enfim a *manumissio testamento*, a que se efetiva por um ato de última vontade. Confere a *directa libertas* quando o senhor diretamente declara livre o escravo, ordinàriamente para instituí-lo herdeiro; confere a *fideicomissaria libertas* quando o testador ordena ao herdeiro, legatário ou fideicomissário proceda à libertação do escravo. O escravo alforriado por testamento é um *libertus orcinus*, porque o senhor está *ad orcum*, i. é, no outro mundo. Quando alforriado sob condição chama-se *statuliber*, i. é,

1. Gai. 1, 160.
2. D. 50, 7, 18, Pomp.
3. Gai. 1, 17; cf. 1, 35.
4. Ulp. 1, 7: *Vindicta manumituntur apud magistratum populi Romani, velut consulem praetoremve vel proconsulem.*
5. Gai. 1, 37; 1, 47.

em um estado de liberdade subordinado à verificação da condição [1]. A lei Fufia Caninia de Augusto introduziu restrições quanto ao número dos escravos que se podiam alforriar por testamento[2].

(b) São formas de alforria válidas só por direito pretoriano a *manumissio inter amicos,* ou a simples declaração de liberdade feita pelo senhor na presença de amigos; a *manumissio per mensam,* pela qual o senhor manifesta a sua vontade de libertar o escravo admitindo que se sentasse com êle em um banquete; a *manumissio per epistulam,* quando o senhor escreve ao escravo ausente uma carta manifestando-lhe a vontade de libertá-lo.

A condição dos escravos alforriados de um e outro modo será estudada em relação com o estado de cidadania.

Na época de Constantino introduziu-se a *manumissio in sacrosanctis ecclesiis* verificada quando o senhor declara na Igreja, perante os fiéis, a vontade de libertar o escravo.

Por lei se torna livre o escravo abandonado enfêrmo pelo próprio dono ou o que revelou o seu assassino. No direito justinianeu, *favore libertatis,* os casos em que o escravo se torna livre sem a alforria do dono se multiplicaram em grande número.

Desde os antigos tempos os processos relativos à liberdade (*causae liberales*) são regulados em favor da pessoa cuja liberdade é contestada, quer quanto ao magistrado competente, quer quanto às exigências do rito. É notável que a decisão contrária ao estado de livre não constitui coisa julgada, podendo-se reiniciar o processo; e quer o autor, quer o réu, sustentando o estado de escravo de um indivíduo, desde que êste foi declarado livre, ficam responsáveis pela *iniuria.*

§ 20 — Status civitatis.

A cidadania romana na origem, é requisito indipensável à capacidade jurídica, como resulta das normas do *ius civile.* Os homens livres podem ser *cives* ou *peregrini,* cidadãos romanos e não-cidadãos romanos. Sòmente os primeiros têm o gôzo dos direitos que assegura o *ius civile Romanorum;* os *peregrini* não podem gozar dêles e podem praticar atos jurídicos do *ius gentium.*

Por outro lado, dois elementos concorrem para igualar a situação dos *cives* à dos *peregrini:* de um lado a progressiva extensão da cidadania romana aos *peregrini,* de outro, a atividade jurisdicional do pretor.

(a) A *lex Iulia* de 90 a. C. concede a cidadania romana a todos os habitantes do Lácio; a *lex Plautia Papiria* de 89 a. C. confere a cidadania a todos os aliados dos Romanos; a *lex Roscia* de 49 a. C. estende-a aos habitantes da Gália Transpadana. Por concessão imperial, muitos povos do mundo romano obtiveram sucessivamente a cidadania romana.

---

1. Gai. 2, 200; Ulp. 2, 2.
2. Gai. 1, 42-46; 2, 228.239.

A progressiva transformação de Roma-Cidade em Roma-Estado se conclui legislativamente com a *Constitutio Antoniniana,* emitida em 212 d. C. pelo imperador Antonino Caracala: — *In orbe Romano qui sunt ex constitutione divi Antonini cives Romani effecti sunt* [1].

(b) Pelos meiados do III século a. C., depois das Guerras Púnicas, foi instituído em Roma o *praetor peregrinus,* que regulava as relações de negócios entre *cives e peregrini,* com a sua atividade jurisdicional. Cria-se assim um corpo de direito ao lado do *ius civile Romanorum,* que é adotado também pelo *praetor urbanus* nas lides entre cidadãos. A constante e progressiva assimilação do *ius civile* ao *ius gentium* torna-se também possível pela técnica do processo *per formulas,* que, como se verá, por uma série de artifícios, permite aos *peregrini* agir como se fôssem *cives.* A jurisdição dos imperadores facilita a fusão dos vários corpos de direito e a *Constitutio Antoniniana* (ano 212), declarando cidadãos romanos todos os habitantes do império, a acelera; por ela o *ius gentium* se inclui no *ius civile,* do qual originàriamente haviam sido excluídos os *peregrini.*

São *cives* por nascimento os filhos de quem é cidadão no momento da concepção, e unido em matrimônio válido pelo *ius civile.* O filho ilegítimo adquire, pela regra já conhecida, o estado da mãe no momento do parto.

Os libertos para os fins do *status civitatis* distinguem-se em:

(a) *Cives romani,* ou os escravos libertados por quem lhes era o dono por *ius civile* (*dominus ex iure Quiritium*), segundo um dos modos reconhecidos válidos pelo *ius civile* (*iusta ac legitima manumissio*). Como cidadãos romanos, gozam de todos os direitos públicos e privados, mas ficam prêsos às obrigações para com o *patronus.*

(b) *Latini Iuniani.* Originàriamente eram *latini* os antigos habitantes do Lácio e mais tarde os das colônias romanas na Itália (*Latini coloniarii*). A *latinitas* dava o direito ao *commercium,* mas nem sempre ao *connubium.* Quando a cidadania romana se estendeu a todos os habitantes da Itália, a *latinitas* tornou-se uma concessão aos povos fora da Itália [2]. Assim, p. ex., o imperador Vespasiano concedeu a *latinitas* a tódos os habitantes da península Ibérica. À semelhança dêstes, foram chamados *latini* os escravos libertados por quem não lhes era o senhor por *ius civile* ou por qualquer modo de alforria dos, como sabemos, não válidos pelo *ius civile.* Por lhes ser a liberdade reconhecida e tutelada pelo pretor, a *libertas Latina* é um instituto de direito honorário. Em oposição aos latinos coloniários, chamam-se *latini juniani* porque sucessivamente o estado de liberdade lhes foi regulado pela *lex Junia Norbana,* emitida talvez em 19 d. C., sob Tibério [3].

1. D. 1, 5, 17 Ulp.; Papyrus Giessensis nr. 40.
2. Gai. 1, 96.
3. Gai. 1, 22; 3, 56.

A capacidade de direito privado dos *Latini iuniani* é limitada, por não poderem dispor por testamento, nem receber herança ou legados, nem ser nomeados tutores testamentários. Os *Latini juniani* podiam conseguir a cidadania romana de muitos modos [1]. Não obstante a *Constitutio Antoniniana,* a categoria dos *latini juniani,* permaneceu até Justiniano, que depois eliminou tôda e qualquer distinção entre institutos do *ius civile* e do *ius honorarium.*

(c) *Dediticii* eram originàriamente os estrangeiros que, depois de haverem combatido contra os romanos, se lhes haviam entregue à discrição [2]. À sua condição jurídica, que era a do mais ínfimo grau de liberdade, foram equiparados, em virtude da *lex Aelia Sentia,* os libertos que, durante a escravidão, haviam sofrido penas infamantes. Os libertos *dediticii* não podem em caso algum conseguir a cidadania romana[3]; além disso lhes é proibido residir na cidade de Roma ou a cem milhas da mesma[4]. Justiniano, *favore libertatis,* aboliu as disposições da lei *Aelia Sentia* relativas aos *dediticii.*

A perda da cidadania romana chama-se *capitis deminutio media.* É consequência da *capitis deminutio maxima,* mas dela pode distinguir-se em virtude de uma condenação penal (*interdictio aqua et igni, deportatio*)[5].

§ 21 — Status familiae.

Diferentemente do que se verifica no direito moderno, onde em geral a situação do homem relativamente à família não tem importância jurídica para o gôzo e exercício dos direitos privados, no mundo romano o *status familiae* do indivíduo lhe determina a capacidade. Êste princípio característico leva-nos ao tempo em que as relações jurídicas intercorriam, não entre indivíduos, mas entre grupos familiares (*gentes*) e portanto se referiam inteiramente ao chefe de cada *familia.*

Pelos efeitos do *status familiae,* os homens se distinguem em *personae sui iuris,* de direito próprio, e *personae alieni iuris,* de direito alheio [6]. É *sui iuris* o indivíduo que não tem ascendentes masculinos em linha reta[7], livre do pátrio poder. Se é homem e não está sujeito a outra família, é chamado *paterfamilias,* pai de família, i. é, chefe duma *familia,* prescindindo da sua idade e da circunstância de ter ou não prole. Também um menor pode ser *paterfamilias.* Com efeito, *pater... familias appellatur qui in domum dominium habet,*

---

1. Gai. 1, 28-35.
2. Gai. 1, 14.
3. Gai. 1, 15; 1, 26; 1, 67 e 68.
4. Gai. 1, 27.
5. Gai. 1, 161.
6. Gai. 1, 48.
7. Gai, 1, 127.

recteque hoc nomine appellatur, quamvis filium non habeat: non enim solam personam eius, sed et ius demonstramus [1].

Tôdas as outras pessoas da família são *alieni iuris*, sujeitas ao poder do *paterfamilias* quer por serem filhos *in potestate*, mulheres *in manu*, ou sujeitos *in mancipio* [2]. Segundo o *ius civile*, êles não têm direitos e não podem adquirí-los para si [3].

Uma exceção geral a êste princípio é, *ab antiquo*, a das relações de direito público, que porém aqui não interessam: — *filius familias in publicis causis loco patris familias habetur* [4].

A extensão e a organização da família romana, os modos de sujeição ao poder do *paterfamilias* e os pelos quais o indivíduo sai da *familia*, adquirindo algumas vêzes (emancipação) a plena capacidade jurídica, serão estudadas em particular na parte relativa ao direito de família. Agora é mister pôr em relêvo que, no decurso evolutivo do direito romano, a jurisdição do pretor e a dos imperadores solaparam constantemente o princípio do *ius civile*, da exclusiva capacidade do *paterfamilias*, admitindo com o instituto do *peculium* a possibilidade de os sujeitos ao seu poder realizarem atos com efeitos jurídicos para si mesmos; e alterando, com as *actiones adiecticiae qualitatis*, a norma originàriamente válida não só para os escravos, mas também para os *filiifamilias*, pela qual as pessoas *alieni iuris* não podem obrigar o *paterfamilias*.

§ 22 — As pessoas morais.

Em oposição ao homem, sujeito de direito como pessoa física e natural, a sistemática jurídica reconhece a qualidade de sujeito de direito em alguns entes imateriais e abstratos, cujas finalidades transcendem a vida e os interêsses de cada indivíduo. Tais entes, no concernente às relações patrimoniais, consideram-se como homens e portanto, pela doutrina moderna, se chamam *pessoas jurídicas* ou *morais*. Distinguem-se em *corporações* e *fundações*, conforme sejam constituídos por um complexo de homens que visam um fim comum; ou por um conjunto de bens destinados a um escopo determinado.

Os romanos não têm têrmo genérico para designar tais sujeitos de direito, e nem mesmo construíram uma doutrina dos entes morais, cientìficamente organizada. Mas nesta matéria as fontes enunciam princípios que, generalizados, constituem as bases da teoria moderna.

Caraterística essencial do ente moral é a sua unidade e a independência dos elementos que o compõem. Portanto: — *Si quid universitati*

1. D. 50, 16, 195, 2 Ulp.
2. Gai. 1, 49.
3. Gai. 2, 87: *Igitur, quod liberi nostri, quos in potestate habemus... mancipio accipiunt vel ex traditione nasciscuntur, sive quid stipulentur vel ex aliqualibet causa adquirunt, id nobis adquiritur: ipse enim, qui in potestate nostra est, nihil suum habere potest.*
4. D. 1, 6, 9 Pomp.

debetur, singulis non debetur: nec quod debet universitas, singuli debent[1]. A lei reconhece, de forma geral ou em cada caso determinado, a qualidade de sujeitos de direito a tais entes.

Fazendo abstração do *populus Romanus*, a máxima organização dos homens livres cidadãos-romanos, cuja unidade e cuja esfera de ação embora interessando sobretudo o direito público, não deixou contudo de exercer a sua influência sôbre a doutrina privada, as pessoas jurídicas reconhecidas em Roma são as seguintes:

Os *collegia*, chamados também *universitates, societates, sodalitates, corpora,* são corporações, i. é, associações de pessoas com um escopo comum. Conhecem-se vários tipos de *collegia:* associações com fins religiosos[2], corporações de artes e ofícios, sociedades com fins esportivos e com fins lucrativos, como p. ex., as *societates publicanorum,* para a arrecadação de impostos, *corpora aurifodinarum vel argentifodinarum vel salinarum* para a exploração de minas de ouro, prata, sal. Cada *collegium* tem um estatuto (*lex collegii*) e órgãos que agem por êle (*actor, syndicus*). Nas fontes justinianéias se afirma: — *Neratius Priscus tres facere existimat collegium, et hoc magis sequendum est*[3]; porém, uma vez constituído: — *si universitas ad unum redit magis admittitur posse eum convenire et conveniri, cum ius omnium in unum recciderit et stet nomen universitatis*[4].

Os *municipia*, as *coloniae,* as *civitates* são igualmente corporações de direito privado: — *civitates enim privatorum loco habentur*[5]. Podem ser proprietários adquirir bens por legado e fideicomisso, e em época tardia ser também instituídos herdeiros.

Sòmente no direito pós-classico se reconheceram entes unitários semelhantes às fundações, i. é, constituídos por um complexo de bens destinados a um escopo determinado. Entre tais entes se enumeram sobretudo as instituições de beneficência (*piae causae*), que se multiplicaram por influência do Cristianismo: — *ptocotrophia*, para os pobres; *gerontocomia*, para os velhos; *xenodochia*, para os peregrinos. O seu escopo deve ter caráter perpétuo; o bispo é o legítimo representante dos interêsses e das funções sociais que o ente visa. Tais entes podem ser herdeiros e réus em juízo. É discutível se o *fiscus Caesaris*, i. é, a caixa, o tesouro do Estado administrado pelo imperador, originàriamente o *aerarium populi Romani*, constituía um sujeito de direito unitário.

Alguns textos assimilam certos complexos patrimoniais ao homem; assim Justiniano reconheceu a qualidade de ente moral à herança jacente, que por direito romano era o patrimônio de uma pessoa morta e que ainda não fôra aceito pelo herdeiro. Em relação à herança se diz: *hereditas*

---

1. D. 3, 4, 7, 2 Ulp.
2. Os cristãos se valeram dos *collegia funeraticia* para se reunirem nas catacumbas.
3. D. 50, 16, 85 Marcell.
4. D. 3, 4, 7, 2.
5. D. 50, 16, 16.

personae vice fungitur[1]; *hereditas defuncti personam sustinet*[2]. A respeito do *peculium* se afirma que êste patrimônio é semelhante a um homem [3]. Cumpre porém ter bem presente que um complexo patrimonial pode ser considerado unitàriamente, não como sujeito de direitos e de obrigações, i. é, como pessoa, mas como objeto de relações jurídicas, i. é, como coisa. O pecúlio, o dote, o patrimônio do falido devem de preferência considerar-se como tais; assim a herança, como objeto de direitos, constitui uma coisa universal.

1. D. 46, 1, 22.
2. D. 41, 1, 34.
3. D. 35, 1, 50. Marcian.

Capítulo II

OS BENS

§ 23 — As coisas e suas classificações.

Tudo o que pode ser objeto de um direito patrimonial se chama *res*, coisa. É *res* a entidade, parte do mundo externo, que de modo independente e autônomo é suscetível de relações patrimoniais. Neste sentido o têrmo romano *res* tem maior extensão do que o moderno *coisa,* pois abrange também as coisas imateriais. Ulpiano nêle inclui *et causae et iura* [1].

O direito romano apresenta várias classificações das coisas, com importância para muitos institutos jurídicos. Algumas destas classificações dizem respeito às coisas concebidas como objeto de um direito em geral — *res corporales e res incorporales, res mancipi* e *res nec mancipi,* — outras às coisas materiais suscetíveis de direito real. Nem tôdas as distinções são romanas; a originária é a das coisas *mancipi;* outras são de procedência filosófica; outras dos comentadores do direito romano histórico. Cada distinção se justifica por um complexo de regras comuns que lhe dizem respeito.

§ 24 — Res corporales e incorporales; res mancipi e nec mancipi.

São coisas corpóreas as que se podem tocar, como um prédio, um escravo, uma veste, o ouro, a prata; são incorpóreas as que não se podem tocar, como as que consistem num direito, p. ex., a herança, o usufruto, as obrigações[2].

Esta distinção, derivada provàvelmente da filosofia grega, é levada em consideração relativamente à posse e aos modos de aquisição da propriedade fundados na posse; por uma razão de fato, sòmente as coisas corpóreas podem ser possuídas ou adquiridas mediante a posse. O tardio reconhecimento da posse dos direitos (*quasi possessio*), do direito sôbre um direito, do furto de um direito, como também a espiritualização do elemento material dos modos de aquisição da propriedade fun-

---

1. D. 50, 16, 23, Ulp.
2. Gai. 2, 12-14.

dados na posse (p. ex. *traditio ficta*) não diminui a importância da distinção que deve ser levada em consideração por quem quiser seguir o desenvolvimento das doutrinas e a progressiva abstração dos conceitos jurídicos. O direito de propriedade porém, desde a sua origem, se considera como coisa corpórea, pois se identifica com o seu objeto.

A distinção das coisas em *res mancipi* e *res nec mancipi* é a mais antiga e funda-se na importância delas para a economia e a sociedade romana das épocas primitivas. Sob muitos aspectos corresponde à moderna distinção entre coisas imóveis e móveis, que o direito subordina a diversas regras formais.

São *res mancipi:* — os imóveis situados no solo itálico; os escravos; os animais de tiro e carga (cavalos, bois, burros) (*quadrupedes quae collo dorsove domantur*) [1]. Embora incorpóreas, são *res mancipi* as servidões rústicas mais antigas (*iter, actus, via, aquaeductus*)[2].

São *res nec mancipi* tôdas as demais *res,* inclusive as obrigações.

Há grande diferença entre o regime jurídico de cada categoria. Com efeito, o *ius civile* exige, para a transferência da *res mancipi*, atos solenes (*mancipatio, in iure cessio*), que por sua publicidade oferecem a certeza das relações jurídicas realizadas [3]. O direito moderno, para a transferência das coisas imóveis impõe análogas cautelas. Além disso, a transferência das coisas *mancipi* por mancipação acarreta para o alienante a responsabilidade de indenizar o adquirente, no caso de terceiros terem pretensões legítimas à coisa, pois o alienante responde pela *actio auctoritatis* (responsabilidade pela evicção). As mulheres *sui iuris* não podem alienar as *res mancipi* sem a assistência do tutor [4].

Ao invés, as *res nec mancipi* podem mudar de proprietário pela simples entrega (*traditio*) que o dono faz a outrem, como atualmente se verifica em se tratando de coisas móveis.

Assim as *res mancipi* têm circulação mais limitada e, desde que seja regular, a sua transferência é a mais garantida.

A distinção entre as *res mancipi* e *nec mancipi* foi formalmente abolida por Justiniano [5]; mas já no decurso do período clássico e principalmente depois do entrosamento do *ius honorarium* com o *ius civile*, desde que reconheceu válida o direito pretoriano a transferência duma *res mancipi* sem a forma solene, perdera sua importância prática. A

---

1. Ulp. 19, 1; Gai. 1, 120; 2, 14-17 e 29; Vat. Frag. 259 (Pap.).

2. Os Sabinianos sustentam que os animais de tiro e de carga são *res mancipi* desde que nasceram; os Proculianos exigem que tais animais sejam domados, Gai, 2, 15.

3. Gai. 2, 22: *Mancipi vero res sunt, quae per mancipationem ad alium transferuntur; unde etiam mancipi res sunt dictae;* Gai. 2, 16: *Res nec mancipi ipsa traditione pleno iure alterius fiunt.*

4. Gai. 2, 80.

5. C. 7, 31, 25.

ela se lhe ia substituindo a classificação de *res mobiles* e *immobiles* [1], que os romanos haviam conhecido sòmente em determinadas relações[2].

§ 25 — Res extra commercium — Res in patrimonio e res extra patrimonium — Res nullius.

Res extra commercium. — São as coisas insuscetíveis de apropriação e as legalmente inalienáveis. Distinguem-se em duas grandes categorias, segundo a norma de direito divino ou humano que as exclui do *commercium*. *Res extra commercium divini iuris* [3] são: — I) as *res sacrae*, i. é, as coisas consagradas ao culto dos deuses (templos, objetos sagrados); II) as *res religiosae*, i. é, destinadas ao culto dos defuntos (sepulcros e objetos sepulcrais); III) as *res sanctae*, sob a proteção da divindade (os muros e as portas da cidade). Admite-se todavia, que o direito de sepultar ou ser sepultado em um sepulcro (*ius sepulchri*) possa ser objeto de relações patrimoniais (alienação, sucessão).

Res extra commercium humani iuris são: — I) as *res communes omnium*, que por natureza podem ser simultâneamente usadas por todos (o ar, a água corrente, o mar e consequentemente as praias). Mas isto não impede que, tendo valor econômico, uma parte delimitada de tais coisas seja suscetível de apropriação. A turbação do correlato direito de gôzo é impedido em geral pela *actio iniuriarium* contra quem usa da coisa além dos limites das próprias necessidades. II) *Res publicae* são as coisas do Estado, quer por serem destinadas ao uso público (o fôro, as praças, os teatros, as vias públicas, os rios perenes); quer por pertencerem ao direito público do Estado. As *res publicae* muitas vêzes se confundem com as *res communes omnium*. III) *Res universitatis* são as coisas destinadas ao uso público dos habitantes de uma comunidade individualmente determinada e diversa do Estado (estádios, circos, teatros, edifícios dos municípios).

A categoria da *res extra commercium* não coincide com a das *res extra patrimonium*, que leva em consideração o estarem as coisas fora do patrimônio de um sujeito. São *res extra patrimonium* ou também *res nullius*: — as coisas sem dono, i. é, os animais selvagens, as aves, os peixes, *quae terra mari caelo capiuntur* [4]; as *res hostium*, i. é, as coisas dos inimigos consideradas sem proprietário; a ilha nascida no mar, as

1. Ulp. 19, 6.

2. A Lei das XII Tábuas fixava diverso período de tempo para o usucapião dos imóveis (*fundi, aedes, res soli*) e dos móveis (*ceterae res, mobiles* Gai. 2, 42; D. 7, 1, 7 pr. Ulpianus); dois interditos diferentes protegem a posse dos móveis e dos imóveis. (Gai. 4, 150); não se admite o furto de imóveis (Gai. 2, 51; D. 47, 2, 25 pr. Ulpianus) e se discute se objeto do comodato possam ser imóveis (D. 13, 6, 1, 1 Ulp.) Na idade média esta distinção das coisas se tornou fundamental e como tal foi aceita pelos sistemas de direito de base romanística.

3. Gai. 2, 2-11.

4. D. 41, 2, 1. 1 Paul.

coisas preciosas encontradas (*inventae*) no litoral do mar. O tesouro, enquanto tal, é uma *res nullius*. A categoria das *res nullius* é importante no concernente à aquisição da propriedade por ocupação.

§ 26 — Coisas fungíveis; coisas consumíveis; coisas divisíveis.

Os romanos chamam *res quae pondere numero mensura consistunt*[1], a coisas que consistam, pelo pêso, número, medida, nas que hoje se denominam fungíveis, i. é, que se podem substituir por outras da mesma espécie, qualidade e quantidade. Tais coisas, com efeito, sob o ponto de vista econômico-social normalmente são consideradas, não na sua individualidade, mas na sua massa e *in genere suo functionem recipiunt per solutionem quam specie*[2], i. é, nos pagamentos, são suscetíveis de substituição dentro da categoria a que pertencem. Cada uma destas coisas, na própria espécie, é objetivamente equivalente, mas não idêntica a outra.

Note-se que o critério da distinção, que assenta sôbre o uso do comércio, não vincula os particulares, podendo êles considerar não fungíveis coisas que objetivamente o são ou vice-versa. Assim as partes podem encarar como não fungíveis as moedas, combinando que se devam restituir as mesmas na espécie; ou pelo contrário, considerar como substituíveis indiferentemente coisas que têm uma individualidade, ajustando que seja permitido dar coisas do mesmo gênero.

Entre as coisas *quae pondere numero mensurave consistunt* se enumera o dinheiro, o vinho, o azeite, o trigo, os fragmentos de um mesmo metal; o café, o açúcar são hoje evidentemente coisas fungíveis.

Coisas não-fungíveis, ao contrário, são as que se não podem substituir por outras, porque cada uma tem sua individualidade própria, distinta (*species, corpus*); assim, um quadro, um edifício, um terreno.

A distinção é importante com referência a vários institutos jurídicos. O contrato de comodato, depósito, penhor, o usufruto, o uso não são aplicáveis às coisas fungíveis, pois importam no dever de restituir a coisa recebida tal e qual; por outro lado, o mútuo diz respeito apenas às coisas fungíveis.

São consumíveis as coisas que na economia social não apresentam outra utilidade a não ser a de se consumirem. O seu uso normal se exaure em um só ato, realizado o qual o sujeito não mais pode usar das mesmas coisas. Os romanos chamam-lhes *res quae usu consumuntur* ou *res quae in abusu consistunt*.

De tal espécie são p. ex., os alimentos, bebidas, remédios, perfumes, carvão, mas também o dinheiro, cuja função é ser gasto, e por conseguinte consumido[3].

1. Gai. 3, 90; 2, 196; 3, 175.
2. D. 12, 1, 2, 1 Paul. Do texto deriva a palavra vulgar *fungibilis*.
3. Inst. 2, 4, 2.

Inconsumíveis são, pelo contrário, as coisas cujo uso não lhes importa a alteração ou destruição da substância; nem consiste em sua privação. No caso das vestes, sujeitas a gasto, se fala de coisas *quae usu minuuntur*.

Também esta qualidade das coisas varia conforme a sua função econômica. A classificação é relevante no concernente ao usufruto; o comodato de coisas consumíveis é absolutamente excepcional.

O conceito de coisa fungível não se confunde com o de consumível, pois as consumíveis são sempre fungíveis, mas as fungíveis nem sempre são consumíveis. Assim, muitos produtos industriais de certo padrão, que são fungíveis, não são consumíveis. Todavia, desde que afinal as coisas consumíveis constituem uma categoria das fungíveis, a classificação é importante relativamente aos mesmos institutos para os quais o é a distinção entre coisas fungíveis.

Coisas divisíveis (*res quae divisionem recipiunt*) são as que se podem cindir em porções distintas, cada uma das quais conserva a função econômico-social que tinha o inteiro. Divisível é sobretudo o dinheiro, os alimentos, as matérias primas etc.

São indivisíveis (*res quae sine interitu dividi non possunt, res individuae*) as coisas que se não podem dividir sem alteração de sua substância ou função. Assim, é indivisível uma estátua, porque as partes resultantes não correspondem ao mesmo gênero do todo; um quadro, um animal.

A divisibilidade ou indivisibilidade pode referir-se também às coisas incorpóreas, quando concebida só intelectualmente. O crédito de uma soma de dinheiro, p. ex., pode dividir-se entre vários sujeitos; o direito de passar por um fundo alheio não pode dividir-se em partes, porque o gôzo de uma servidão de passagem até o meio da estrada não tem sentido.

A distinção é importante para a fundamentação de cada instituto jurídico, no caso da pluralidade dos sujeitos ativos ou passivos de uma relação.

§ 27 — Coisas singulares, compostas e coletivas ou universais.

Deriva da filosofia estóica uma distinção expressa num texto de Pompônio[1]. Para o jurisconsulto são coisas singulares as que o uso social considera simples e cujas partes desaparecem como coisas existentes sôbre si; as compostas são as que se encaram como um todo formado de várias coisas, cada uma das quais entretanto não deixa de existir como coisa distinta, mas perde apenas a autonomia em virtude da conjunção; as coisas coletivas ou universais são formadas de muitas coisas distintas designadas com um único nome e concebidas em conjunto como uma só

1. D. 41, 3, 30 pr. Pomp. — Sôbre a influência do estoicismo nêste ponto e em outros cf. o trabalho do Prof. Alexandre Augusto de C. Correia intitulado "*O estoicismo no Direito Romano*", Saraiva, S. Paulo, 1950

coisa. Exemplos: o escravo, a pedra — coisas simples (*quod uno spiritu continetur*); o prédio, o barco, o armário (*quod ex contingentibus, hoc est pluribus inter se cohaerentibus constat*); o povo, a legião, o rebanho (*quod ex distantibus constat, ut corpora plura non soluta*).

Grande é a importância da distinção, pois quanto às coisas singulares não pode haver relações jurídicas distintas sôbre as suas partes constitutivas, consideradas como inexistentes; o contrário é possível quanto às coisas compostas. Por consequência, o usucapião das coisas compostas não acarreta necessàriamente o de suas partes. Se a coisa alheia se confundir com a coisa singular, o proprietário a perde.

Os intérpretes chamaram *universitates iuris* aos complexos patrimoniais heterogêneos como a herança, o pecúlio, o dote. No direito romano o patrimônio duma pessoa não se concebe como o conjunto do ativo e passivo. O têrmo *bona* coincide com o do patrimônio em sentido moderno, só em matéria hereditária.

§ 28 — Coisas acessórias, frutos, benfeitorias.

Principal é a coisa existente sôbre si, abstrata ou concretamente. Acessórias aquelas cuja existência supõe a da principal.

Para as coisas acessórias vale o brocardo vulgar *accessorium sequitur principale*, i. é, todo ato de disposição da coisa refere-se também aos seus pertences. P. ex., são coisas acessórias de um edifício as fechaduras, chaves, etc.; de uma vinha, as latadas; do fundo rústico, a cêrca.

Para alguns fins, não se considera acessório o *instrumentum fundi*, chamado também *dos fundi* (o dote da herdade), que compreende tôdas as coisas móveis empregadas no cultivo de um fundo (escravos, animais, ferramentas).

Entre as coisas acessórias hoje se compreendem os frutos (*fructus*) e as benfeitorias (*impensae*). As várias distinções nesta matéria se aplicam principalmente com referência aos ônus do possuidor da coisa principal em face do proprietário.

Os *fructus* dividem-se em pendentes, os quais *pars fundi videntur* [1]; i. é, constituem parte integrante da coisa produtora, seguindo-lhe o destino jurídico; *separati*, se de qualquer modo separados e portanto suscetíveis de relações jurídicas distintas da da coisa produtora; *percepti*, se colhidos; *percipiendi*, os que teria sido possível produzir e colhêr e que não foram auferidos por negligência; *exstantes*, se ainda estão no poder do possuidor da coisa produtora, independentemente da percepção; *consumpti*, se não se encontram nêsse poder, por terem sido consumidos, transformados ou também alienados.

Modernamente se chamam frutos civis as rendas em dinheiro (*reditus*) resultantes do emprêgo de um capital (*usurae, foenus, juros*)

1. D. 6, 1, 44 Pomp.

Os romanos os consideram *pro fructibus*. Do mesmo tipo são as vantagens que os escravos proporcionam aos senhores.

Chama-se *impensae* tudo o que foi desembolsado relativamente a uma dada coisa ou empregado nela. *Impensarum species sunt tres: aut enim necessariae dicuntur aut utiles aut voluptuosae. Necessariae sunt impensae, quibus non factis* (res) *deterior futura est, velut si quis ruinosas aedes refecerit. Utiles sunt, quibus non factis quidem deterior* (res) *non fuerit, factis autem fructuosior effecta est, veluti si vineta et oliveta fecerit. Voluptuosae sunt, quibus neque omissis deterior* (res) *fierat neque factis fructuosior effecta est: quod evenit in viridiariis et picturis similibusque rebus* [1]. Ou, na terminologia atual: as benfeitorias podem ser voluptuárias, úteis ou necessárias; são voluptuárias as de mero deleite ou recreio, que não aumentam a utilidade habitual da coisa, ainda que a tornem mais agradável ou sejam de elevado valor; são úteis as que aumentam ou facilitam o uso da coisa; necessárias as que têm por fim conservar a coisa ou evitar que se deteriore.

---

1. Ulp. Reg. 6, 14-17; D.50, 16, 79 Paul.

Capítulo III

ATOS JURIDÍCOS

§ 29 — Conceitos e classificações modernas.

A dogmática moderna discerne entre os fatos do mundo interno e os do externo, aos quais o direito reconhece conseqüências jurídicas. Tais fatos, chamados *fatos jurídicos*, distinguem-se geralmente como se segue:

Fatos jurídicos dependentes da vontade humana, chamados por isso *fatos jurídicos voluntários*.

Os fatos jurídicos voluntários podem ser *lícitos*, quando determinados a um fim prático tutelado pelo direito, e em tal caso se chamam *atos jurídicos;* ou *ilícitos*, quando o fim prático proposto é vedado ou reprimido pelo direito.

O direito romano não conhece estas categorias gerais; convém todavia utilizar a dos atos jurídicos para a sistematização da matéria.

Várias distinções modernas dos atos jurídicos decorrem mais ou menos diretamente das fontes romano-clássicas ou bizantinas.

1) *Unilaterais e bilaterais.*

Chamam-se atos jurídicos unilaterais os que vêm à existência só em virtude da vontade de um sujeito (p. ex., testamento); bilaterais os que têm existência pela vontade de duas partes (p. ex., matrimônio). Os contratos são sempre atos jurídicos bilaterais, por terem por base a *conventio*, definida como *duorum pluriumve in idem placitum et consensus* [1]. Quando falamos em contrato unilateral ou bilateral, fazemos referência aos efeitos obrigacionais do ato jurídico bilateral "contrato", conforme o liame vincule uma só ou ambas as partes.

2) *A título gratuito e oneroso.*

Os atos jurídicos são a título gratuito quando o sujeito adquire, extingue ou modifica direitos e nada dá em troca; a título oneroso, quando

1. D. 2, 14, 1, 2 Ulp.

importam num sacrifício patrimonial. O legado, p. ex., é um ato jurídico a título gratuito (unilateral), com a doação e o comodato (bilaterais, porque contratos); compra e venda é um ato jurídico a título oneroso. Em matéria de contratos, a expressão contrato bilateral equivale à de contrato a título oneroso; nos contratos unilaterais o onus econômico pode gravar o credor (comodato) ou o devedor (depósito).

3) *Formais e não formais.*

São formais ou solenes os atos jurídicos para cuja existência o direito exige formas e solenidades determinadas; são não-formais ou não-solenes os que podem vir à luz de qualquer modo. A forma, que no direito arcáico constitui um elemento essencial do ato jurídico (p. ex., *mancipatio, sponsio*), é reconhecida como indispensável no direito recente, mesmo com prejuízo da simplicidade e da rapidez das relações jurídicas, quando a gravidade do ato (p. ex., matrimônio, doação, compra e venda de imóveis) exija se lhe dêm publicidade e certeza.

4) *Causais e abstratos.*

A distinção leva em consideração a circunstância de o motivo acarretar ou não conseqüências para a existência e validade do ato jurídico, de acôrdo com o escopo geral e uniforme em vista do que foi realizado. Se a causa última que determinou o sujeito a praticar o ato é relevante para o direito, por estar unida ìntimamente à estrutura jurídica do ato mesmo, temos atos jurídicos causais (p. ex., a compra e venda, cuja causa uniforme é a de efetivar a troca de uma coisa pelo seu preço); se a causa é estranha ao ato, e portanto não tem relevância para o direito, há neste caso atos jurídicos abstratos (p. ex., a *sponsio* produz os seus efeitos independentemente da causa que move o sujeito, o qual pode ter querido fazer uma doação, um pagamento, um mútuo etc.). Os atos jurídicos causais chamam-se também *típicos*, por corresponderem a um tipo definido identificado com a função econômico-social do ato; os atos jurídicos abstratos dizem-se também *atípicos*, i. é, sem tipo definido. No direito moderno se costuma aduzir como exemplo de ato jurídico abstrato ou atípico a letra de câmbio, na qual se faz abstração do motivo último pelo qual alguém se constitui devedor; o motivo, qualquer que seja, é irrelevante para o direito. Dada a gravidade dos negócios abstratos que, prescindindo da causa, não lhe consideram a eventual iliceidade ou torpeza, compreende-se fàcilmente que a lei quase sempre exija para êles uma forma determinada; assim o fato de nêles só a forma aparecer como relevante faz identificar os negócios abstratos com os formais.

5) *Inter vivos* e *mortis causa.*

Dizem-se *mortis causa* os atos jurídicos que têm por escopo regular o patrimônio de uma pessoa após sua morte (testamento p. ex.); são atos *inter vivos* os que não têm êste escopo. A doação, em direito romano, pode ser *mortis causa* ou *inter vivos*.

6) *Iuris civilis* ou *iuris gentium*.

Do primeiro tipo são os atos jurídicos reconhecidos válidos pelo *ius civile;* do segundo, os que devem a origem e validade ao *ius gentium*. Pela progressiva assimilação das duas ordens jurídicas, a distinção no direito justinianeu tem valor apenas formal.

§ 30 — Atos jurídicos do ius civile.

O *ius civile Romanorum* conhece uma série limitada de atos aos quais atribui o efeito de constituir, modificar e extinguir direitos. Tais atos, na origem, são eminentemente formais e abstratos e consistem em uma série de práticas acompanhadas da prolação de fórmulas fixas e sacramentais perante testemunhas. Podem distinguir-se como se segue:

(a) *Negotia per aes et libram.* — São todos os atos jurídicos existentes mediante o bronze (*aes*) e a balança (*libra*). O bronze constitui o metal não cunhado (*aes rude*), que nos tempos antigos valia como intermediário das trocas; a balança serve para determinar o pêso do metal como medida de valores. Êstes atos exigem a presença de pelo menos cinco testemunhas, cidadãos romanos púberes, e de um pesador (*libripens, libripende*), portador da balança. Conhecem-se duas espécies de negócios *per aes et libram:* a *mancipatio* e o *nexum*.

A *mancipatio* serve para fazer adquirir direitos dominicais sôbre pessoas ou coisas [1]. Quem paga o metal, i. é, o comprador,detém a pessoa ou a coisa, declarando-os sua propriedade por havê-los adquirido mediante o metal pesado, (*hunc ego hominem ex iure Quiritium meum esse aio isque mihi emptus esto hoc aere aeneaque libra*).

Diz-se ser a *mancipatio* uma *imaginaria venditio* pela venda se desenvolver mediante uma representação material e por ser também uma venda fictícia. Mas o escopo não é sòmente o de comprar e vender; pode ser dos mais variados, quando o correspondente em metal e depois em moeda é irrisório (*mancipatio nummo uno*). Por parte de quem se cala, permitindo a aquisição, a *mancipatio* pode realizar-se para fazer um pagamento (*solutionis causa, solutio per aes et libram*), uma doação (*donationis causa*), constituir um dote (*dotis causa*), liberar o filho do pátrio poder (*emancipatio*), dispor da sorte dos bens próprios para depois da morte (*mancipatio familiae, testamentum per aes et libram*), operar a transferência de qualquer poder; por parte de quem pronuncia as palavras solenes a *mancipatio* pode realizar-se para adotar o filho de outrem (*adoptio*), adquirir o poder sôbre a mulher (*coemptio*), praticar enfim todos os atos de aquisição de poderes sôbre pessoas ou coisas.

À *mancipatio* se costumava acrescentar alguns pactos acessórios (*leges dictae*), os quais tinham eficácia em virtude do princípio da Lei das XII Tábuas, *cum nexum faciet mancipiumque, uti lingua*

1. Gai. 1, 113; 1, 119; 2, 23.

nuncupassit, ita ius esto, i. é, quando alguém praticou a solenidade do *nexum* e da *mancipatio* conforme as palavras que pronunciou, assim será lei.

Em qualquer das suas possíveis aplicações, a *mancipatio* pode ser acompanhada de um *pactum fiduciae*, que é um acôrdo não-formal pelo qual o adquirente, que é um amigo (*fiducia cum amico*), ou um *credor* (*fiducia cum creditore*), sob determinados pressupostos se obriga a operar, ficando em silêncio, uma ulterior *mancipatio* ao alienante (*remancipatio*). Para a execução da obrigação se concede a *actio fiduciae* [1], que acarreta a *infamia* [2].

A elasticidade e o caráter abstrato da *mancipatio* lhe permitiram subsistir inalterada durante todo o período clássico. Justiniano a revoga como modo de transferência do domínio.

O *nexum* [3] parece ter-se desenvolvido com as mesmas formalidades da *mancipatio*, (*per aes et libram*); mas, diferentemente desta, não importava a transferência de um poder sôbre pessoas ou coisas, mas sim, a constituição de um vínculo pessoal motivado por uma prestação em dinheiro. Mui discutida é esta figura de obrigação, que desapareceu com a *lex Poetelia*, em 326 a. C. que estabeleceu não ser o devedor responsável para com o credor, com o seu corpo, mas com os seus bens. De outro lado, o caráter pessoal do vínculo permanece no conceito de obrigação romana.

(b) *Atos jurídicos de origem processual.* — Para a aquisição e alienação de poderes sôbre pessoas e coisas, ao lado dos *negotia per aes et libram* o *ius civile* conhece atos jurídicos que adquirem fôrça de lei pelo fato de serem praticados perante o magistrado, no tribunal (*in iure*). Êste caráter tem certamente a *in iure cessio* [4]; há, ao invés, dúvidas a respeito da *sponsio*.

Quando uma parte intenta uma ação para firmar direito absoluto seu sôbre a coisa (*vindicatio*), pronuncia diante do magistrado e na presença do adversário, uma fórmula pela qual declara a coisa sua por direito dos romanos (*hunc hominem ex iure Quiritium meum esse aio*). Se a outra parte não faz por sua vez análoga declaração, mas permanece calada, o magistrado procede à *addictio*, i. é, atribui ao adversário a coisa litigiosa. Esta situação processual é utilizada para os mesmos fins para os quais se faz a *mancipatio*, e dá lugar a uma cessão perante o magistrado (*in iure cessio*) do direito sôbre a pessoa ou a coisa. A *in iure cessio* é um ato jurídico abstrato, porque o formulário, que a parte pronuncia perante o magistrado, não indica a causa da aquisição. Dada a sua origem processual é sobretudo empregada para constituir direitos que importem um poder exclusivo e, recìprocamente, uma abso-

---

1. Gai. 2, 59 e 60.
2. Gai. 4, 182.
3. Gai. 2, 27a; 173- 174.
4. Gai. 2, 24.

luta liberdade. A *in iure cessio* já se encontra pouco em uso na idade clássica[1]: na compilação justinianéia não subsiste; dos textos foi eliminada a qualificação *in iure*.

Não se pode afirmar com certeza se a *sponsio* se origina das garantias que os litigantes costumavam exigir no processo. O ato consta de uma pergunta e de uma resposta rigorosamente formuladas: — *Spondes mihi centum dare? Spondeo*. Certamente tem caráter sagrado, como se pode verificar em algumas singulares aplicações delas feitas antigamente, para a conclusão de paz e de alianças e para promessas de matrimônio (*sponsalia*). A promessa comporta uma obrigação particularmente determinada pelas palavras pronunciadas. Pouco sabemos da *sponsio*, que no direito clássico aparece transformada na *stipulatio*, a qual porém perde cada vez mais o seu caráter formal por influência do *ius gentium*. Nos tempos de Gaio a palavra indica um instituto de garantia [2].

Em todos êstes atos de *ius civile*, o elemento vontade não é relevante, ou melhor, se identifica com a forma que o reveste. Isto significa ser o elemento vontade certamente um pressuposto empírico do ato, sem elevar-se a elemento estrutural de valor jurídico.

Tratando da vontade no ato jurídico, devemos portanto ter presente, pelo menos originàriamente, a natureza dêsse ato. É só no *ius gentium* que o ato jurídico aparece fundado, sobretudo, no elemento vontade; o magistrado procede ao reconhecimento dêste elemento em cada uma das aplicações dos atos do *ius civile*, preparando assim a fusão, operada substancialmente já no direito clássico, e que tem levado à afirmação hoje de valor geral [3], que "nas declarações de vontade se atenderá mais à intenção que ao sentido literal da linguagem".

§ 31 — Capacidade do sujeito.

A capacidade do sujeito para praticar atos jurídicos pode ser excluída ou limitada pela idade, sexo, estado de saúde, condenação penal. Com relação à idade, os romanos distinguem: — a) menores de vinte e cinco anos; b) maiores de vinte e cinco anos. Os menores de vinte e cinco anos por sua vez se distinguem em: 1) *infantes;* 2) *infantia maiores;* 3) *adolescentes*.

Com relação à puberdade, os sujeitos distinguem-se em *impuberes* e *puberes*.

É *infans qui fari nequit*, i. é, o que não compreende o que diz e faz e, portanto, não pode praticar atos jurídicos. É semelhante a uma pessoa sem vontade[4]. A *infantia* dura até aos sete anos de idade.

---

1. Gai. 2, 25.
2. Gai. 3, 115.
3. D. 50, 16, 219 Papin.: *In conventionibus contrahentium voluntatem potius quam verba spectari placuit*. Art. 85.
4. D. 44, 7, 1, 3 Gai.; Inst. 3, 19, 10.

É *infantia maior* a que ultrapassou o limite da *infantia*. O infante *fari potest* e pode, portanto, praticar atos jurídicos com a assistência de alguém (*tutor*) que integra a sua vontade. Os atos por êle praticados são válidos se lhe são favoráveis; nulos, no que lhe prejudicam [1]. A infância dura até a puberdade.

Segundo os Sabinianos, no respeitante à tutela, para estabelecer se o indivíduo é púbere, é mister observar, em cada caso, o desenvolvimento sexual (*inspectio corporis*); os Proculianos, ao contrário, fixavam a puberdade nos catorze anos para o homem e nos doze para a mulher. Justiniano acolheu a opinião dos Proculianos [2].

Adolescentes são os que, tendo atingido a puberdade, são *minores XXV annorum* [3]. Em seu favor a *lex Plaetoria* de 193 a. C. estabeleceu uma pena contra quem os houvesse enredado na conclusão de um ato jurídico; depois, o pretor concedeu-lhes uma *exceptio* para repelir a ação de quem, abusando-lhes da inexperiência, houvesse com êles concluído um ato jurídico, e também uma *restitutio in integrum propter minorem aetatem,* rescisória do ato jurídico nocivo aos interêsses do menor, restabelecendo a situação precedente. Com o instituto da *venia aetatis* o imperador Constantino concedeu aos maiores de vinte anos e às maiores de dezoito, a faculdade de administrarem os próprios bens.

Sendo a capacidade do sujeito limitada, é necessária a cooperação do tutor.

SEXO. — No domínio do direito privado *in multis iuris nostri articulis deterior est condicio feminarum quam masculorum* [4]. Com efeito, a mulher não pode ser titular de *patria potestas* sôbre os filhos, mesmo na falta do pai; originàriamente não pode adotar nem ser tutora. Além disso, a *lex Voconia* de 169 a. C. limitava a sua capacidade de sucessão hereditária, e o *Senatusconsulto Veleiano* de 46 d. C. proibia às mulheres assumirem dívidas alheias (*intercedere pro aliis*).

Limitações subsistem também à capacidade de agir da mulher. Com efeito, enquanto o homem que tem todos os requisitos para a capacidade jurídica, quando atinge a puberdade é capaz de agir sem a assistência do tutor, a mulher embora púbere está sob tutela perpétua e necessita da *auctoritas tutoris* para praticar atos que não importem na simples administração dos seus bens; como, p. ex., a alienação de uma coisa de particular valor econômico (*mancipatio*) ou a remissão duma dívida (*acceptilatio*). De outro lado, já no direito clássico não se consegue encontrar plausível explicação de tal condição jurídica da mulher, derivada da estrutura patriarcal da antiga família romana [5]. A legislação

1. D. 19, 1, 13, 29 Ulp.

2. Gai. 1, 196; Inst. 1, 22 pr.; C. 5, 60, 3.

3. A lei Élia Sência exige requisitos especiais para manumissões praticadas por menores de vinte anos, cf. Gai. 1, 38-41.

4. D. 1, 5, 9 Papin.; mas cf. Gai. 2. 113.

5. Gai. 1, 190 declara *magis speciosa quam vera* a razão que vulgarmente se dava da *levitas animi* da mulher.

imperial tende a equiparar os dois sexos e de preferência considera a *infirmitas sexus* como razão para se favorecer a mulher. Assim p. ex., a mulher pode invocar a *ignorantia iuris* em juízo, quando se trata de evitar um dano e não de auferir uma vantagem.

Subsistem naturalmente algumas disparidades de tratamento entre homens e mulheres, fundadas em razões físicas e fisiológicas; p. ex., a originada do costume (*mores*) pela qual a mulher viúva, a fim de evitar a incerteza da paternidade (*turbatio sanguinis*), deve esperar um ano antes de convolar a segundas núpcias [1].

ESTADO DE SAÚDE. — O estado de saúde do homem pode constituir motivo de privação ou limitação da capacidade de agir. O *furiosus* ou *demens*, sem vontade, não é capaz de praticar atos jurídicos válidos. Nos intervalos lúcidos porém é plenamente capaz. O surdo-mudo não pode praticar atos jurídicos que impliquem a pronúncia de determinadas palavras (p. ex., *stipulatio*). O pródigo interditado não tem *commercium* [2].

CONDENAÇÃO PENAL. — Uma disposição da Lei das XII Tábuas estabelecia que se um indivíduo se tivesse negado a depor como testemunha se tornaria *intestabilis*, i. é, não mais podia ser testemunha nem exigir que outros o fizessem em seu lugar. Porque os atos jurídicos, nêsses tempos, exigiam a presença de testemunhas, o *intestabilis* ficava pràticamente privado da capacidade de exercer todos os atos da vida civil.

No período clássico a *infamia* ou *ignominia* importa a proibição de representar ou de se fazer representar em juízo [3], a perda do *ius suffragii* e do *ius honorum*. Perde a *publica existimatio* com a *infamia* quem praticou ações ignominiosas, independentemente de qualquer condenação; e depois, quem é condenado em uma série de graves juízos como a *actio furti*, a *actio doli;* ou nos juízos civis baseados na boa fé. É igualmente *infamis* o devedor insolvente (*bonorum venditio*).[4].

---

1. D. 3, 2, 1 Iul. que cita o texto do edito pretoriano no qual se comina a pena da *infamia*. Na era cristã se acrescentam penas patrimoniais, revigoradas por Justiniano.

2. D. 45, 1, 6 Ulp.: *Is, cui bonis interdictum est, stipulando sibi adquirit, tradere vero non potest vel promittendo obligari: et ideo nec fideiussor pro eo intervenire poterit, sicut nec pro furioso;* Gai. 1, 53: ... *male enim nostro iure uti non debemus; qua ratione et prodigis interdicitur bonorum suorum administratio.*

3. Gai. 4, 182; 4, 60.

4. D. 3, 2, 1 Iul.: *Praetoris verba dicunt: "Infamia notatur qui ab exercitu ignominiae causa ab imperatore eove, cui de ea re statuendi potestas fuerit, dimissus erit; qui artis ludicrae pronuntiandive causa in scaenam prodierit; qui lenocinium fecerit; qui in iudicio publico calumniae prevaricationisve causa quid fecisse iudicatus erit; qui furti, vi bonorum, raptorum, iniuriarum, de dolo malo et fraude suo nomine damnatus pactusve erit; qui eam, quae in potestate eius esset, genero mortuo, cum eum mortuum esse sciret, intra id tempus, quo elugere virum moris est, antequam elugeret, in matrimonium collocaverit, eamque sciens quis uxorem duxerit non iussu eius in cuius potestate est; et qui eum, quem in potestate haberet, eam, de qua supra comprehensum est, uxorem ducere passus fuerit; quive suo nomine non iussu eius, in cuius potestate esset, eiusve nomine, quem quamve in potestate haberet, bina sponsalia binasve nuptias in eodem tempore constitutas habuerit."*

§ 32 — A vontade nos atos jurídicos.

Entre os requisitos essenciais dos atos jurídicos, particular importância tem a declaração de vontade do sujeito. A vontade pode manifestar-se quer por palavras, escritos ou com gestos (*nutus*); quer por um comportamento constituinte de um ato donde se deduza o que a pessoa quer. No primeiro caso a manifestação da vontade é *expressa;* no segundo, *tácita.* É expressa, p. ex., em todos os atos solenes; aliás, a respeito dêstes, a vontade é de secundária importância, desde que se identifica com a forma mesma do negócio. É tácita, p. ex., quando a vontade do herdeiro aceitar a herança se deduz do seu comportamento relativo aos bens hereditários (*pro herede gestio*).

Por vêzes também ao silêncio o direito atribui os efeitos de uma declaração de vontade: na manumissão *vindicta* a não oposição do dono leva à atribuição da liberdade; quem se não defende é confesso, em direito romano; a filha, não contrariando à vontade do pai que a dispõe para os esponsais, consente. Porém Justiniano tem presente a excepcionalidade dêstes casos quando afirma de modo geral: *Qui tacet non utique fatetur, sed verum est eum non negare*[1]. Quem cala nem sempre consente; mas é verdade que não nega.

Em alguns casos, como no dos menores *sui iuris*, loucos, ausentes, pode ser útil a vontade do sujeito manifestar-se por outros. A propósito, devemos distinguir o *nuncius* do representante. Quem confia a manifestação de vontade por escrito, como no testamento, ou a confia ao *nuncius*, como a um instrumento de reprodução fonográfica, usa tão sòmente de um meio material que lhe permite manifestar a vontade. O *nuncius*, com efeito, pode ser um escravo, um incapaz como sujeito de direitos; se é pessoa capaz, na qualidade de *nuncius* não é considerado sujeito, mas apenas instrumento material de manifestação da vontade alheia.

No instituto da *representação*, ao contrário, há um sujeito que manifesta a vontade e um outro sujeito, para quem valem os efeitos jurídicos daquela manifestação. Modernamente se diz que o representante age por conta e no interêsse de outrem, o representado.

Ao direito romano arcaico é estranho o conceito da representação. Ou isto derive de uma defesa da liberdade, ou do organismo político da família, ou, como é mais simples e provável, da circunstância de fato de o sujeito *sui iuris, paterfamilias*, ter à sua disposição uma série de indivíduos a êle subordinados, capazes de funcionar como *nuncii*, i. é, como instrumentos materiais de transmissão de sua vontade — o caso é que as fontes repetem constantemente a máxima: — *Per extraneam personam nobis adquiri non posse*[2]. Nada se pode adquirir por meio de pessoa estranha.

As necessidades do comércio introduziram porém a pouco e pouco importantes derrogações e êsse princípio: em matéria de comércio marítimo

1. D. 50, 17, 142 Paul.
2. Gai. 2, 95.

e terrestre terceiros contratantes com pessoas estranhas podem exercer a ação contra o representado (*dominus*)[1]. Reconhece-se a validade dos mútuos feitos pelos banqueiros em nome dos clientes. Em matéria de posse foi mais fácil admitir a representação porque, tratando-se de *res facti*, a aquisição se realiza *animo nostro* e *corpore alieno*[2]. Justiniano não formulou o princípio geral da admissibilidade da representação, pelo direito clássico oferecer, mediante a jurisdição do pretor e a legislação imperial, todos os meios correspondentes às exigências do comércio.

Em matéria de *interpretação* da vontade as fontes oferecem várias regras que certamente no direito clássico não têm importância geral. Na compilação de Justiniano e sobretudo por obra dos intérpretes posteriores, se generalizam os princípios já acolhidos nos institutos do *ius gentium* e estendidos, por obra do pretor e da *cognitio extra ordinem*, também aos institutos de *ius civile*[3].

Em geral podemos dizer que a jurisprudência interpreta a vontade expressa nos testamentos, visando não declarar nulo o ato de última vontade (*favor testamenti*)[4]; a interpretação dos atos jurídicos é sempre favorável à liberdade (*favor libertatis*)[5], quer das pessoas, quer das coisas; visa favorecer os institutos protetores da família (*favor dotis*)[6]; em caso de dúvida ao devedor obrigado aproveita a orientação liberal própria do direito romano.[7]

§ 33 — Vontade e manifestação de vontade.

Simulação e restrição mental — As causas de discrepância entre vontade interna e declarada podem ser voluntárias e involuntárias.

São voluntárias, i. é, queridas pelo agente, a simulação e a restrição mental.

Na simulação há divergência consciente entre a vontade e a sua manifestação, premeditada com a parte a quem a declaração é destinada, e concertada com o fim de enganar terceiros. Distingue-se em simulação

---

1. Gai. 4, 71.

2. No direito clássico era discutido, Gai. 2, 95.

3. D. 45, 1, 99 Cels.: *Quidquid adstringendae obligationis est, id nisi palam verbis exprimitur, omissum intellegendum est: ac fere secundum promissorem interpretamur, quia stipulatori liberum fuit verba late concipere.*

D. 50. 17, 67 Iul.: *Quotiens idem sermo duas sententias exprimit, ea potissimum accipiatur, quae rei gerendae aptior est.*

D. 50, 17, 9 Ulp.: *Semper in obscuris quod minimum est sequimur.*

D. 32, 25, 1 Paul.: *Cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quaestio.*

4. D. 50, 17, 12, Paul.: *In testamentis plenius voluntates testantium interpretamur.*

5. D. 50, 17, 179.: *In obscura voluntate manumittentis favendum libertati.*

6. D. 50, 17, 85 pr. Paul.: *In ambiguis pro dotibus respondere melius est* (cfr. D. 23, 3, 70).

7. D. 45, 1, 109 Pomp.: ... *in stipulationibus id servatur, ut quod minus esset quodque longius, esse videretur in obligatione deductum.*

absoluta, se leva à prática de um ato jurídico, quando não se pretender a nenhum; e relativa, se leva à prática de um ato jurídico diverso do visado pelo sujeito, pelo objeto ou por qualquer outro elemento.

A propósito, devem-se distinguir as relações das partes entre si e com terceiros; e separar a simulação absoluta da relativa. Na primeira não se realiza nenhum negócio entre as partes; mas o negócio simulado é válido e produz efeitos em relação ao terceiro de boa fé.

Na simulação relativa, o negócio simulado é nulo e se verifica o dissimulado (*plus valet quod agitur quam quod simulate concipitur*) [1]; mas é preciso o simulado conter todos os elementos formais e substanciais necessários à existência do dissimulado. Porém e anàlogamente, em relação aos terceiros de boa fé, que tenham adquirido direitos, o negócio simulado se considera válido.

Na restrição mental, em substância uma simulação unilateral, o ato jurídico produz os seus efeitos porque, não obstante a desconformidade entre a vontade interna e a declarada de uma das partes, esta é responsável pelo dano causado à outra.

Compreende-se como nos atos jurídicos formais seja mais difícil admitir-se a discrepância entre o querer e a sua manifestação, uma vez que nêles o elemento vontade passa para a segunda linha.

Constituem causas de discrepância involuntárias entre a vontade e a sua manifestação: o êrro, o dolo e a violência.

§ 34 — Êrro.

É o falso conhecimento de um fato ou norma jurídica. *Error* e *ignorantia* nas fontes têm o mesmo significado; porém pròpriamente se chama *ignorantia* ao estado negativo da consciência, enquanto *error* é o positivo de falso conhecimento.

Há *ignorantia facti* quando se desconhece um elemento de fato, de uma relação ou de um ato, ou não se conhece exatamente a existência de uma relação ou de um fato em geral. Há a *ignorantia iuris* quando se ignora completamente a existência de uma regra de direito, quando se lhe ignora sòmente o conteúdo, quando se lhe desconhece o verdadeiro significado ou se erra ao se lhe fazer a aplicação. Através de tôdas estas teorias se chega à última, que Savigny considera êrro de fato e não de direito. Aliás a antítese entre *error facti* e *error iuris* parece ser criação justinianéia.

Em regra geral, a *ignorantia iuris* não aproveita. Todavia, os menores de vinte e cinco anos, os soldados, as mulheres, os rústicos podem invocá-la em juízo, em se tratando de um *damnum emergens* e não de um *lucrum cessans* [2].

---

1. C. 4, 22. Rubrica do título.

2. D. 22, 6, 9 pr.Paul.; D. 22, 6, 7 pr. Papin.: *iuris ignorantia non prodest adquirere volenti, suum vero petentibus non nocet.*

Entre os erros de fato se costumam fazer estas distinções: — ninguém pode ignorar o fato próprio, mas fàcilmente se pode ignorar o alheio. Não se pode ignorar o que todos sabem. Com base nestes critérios práticos, se diz ser o êrro escusável ou inescusável.

Quando o êrro se refere aos elementos normais do ato jurídico, tem cabida o êrro sôbre *essentialia negotii*. Os intérpretes distinguem: — 1) *Error in negotio* — quando recai sôbre a natureza mesma do ato praticado; p. ex., uma parte pensa fazer uma doação e para a outra, tratar-se de um mútuo. Não há nem doação nem mútuo. — 3) *Error in persona* — quando o êrro recai sôbre a pessoa que a vontade visa. Se a pessoa é considerada concretamente como elemento essencial do ato jurídico (o que se verifica especialmente nos negócios *mortis causa* e nas doações) êste é nulo. — 3) *Error in corpore* — quando recai sôbre a identidade do objeto ou sua existência. O ato é nulo. — 4) *Error in substantia* — quando recai sôbre a essência da coisa ou qualquer propriedade sua considerada concretamente como essencial ao destino econômico ou à função social da mesma. Tal êrro invalida os atos jurídicos de boa fé.

Erros acidentais e concomitantes são os seguintes: — 5) *Error in qualitate* — quando recai sôbre qualidades secundárias do objeto. Êste êrro não invalida o ato jurídico. — 6) *Error in quantitate* — quando recai sôbre pêso, medida, ou quantidade da coisa. Nos contratos unilaterais êste tipo de êrro não acarreta a nulidade. — 7) O êrro a respeito dos motivos pode considerar-se à parte. Para acarretar a invalidade do ato é necessário que o motivo mesmo tenha sido a causa única e principal do ato jurídico. Em geral podemos dizer que tal êrro não invalida os atos *inter vivos*, mas sim os *mortis causa*.

Na compilação justinianéia, onde a vontade aparece como a única geradora dos efeitos dos atos jurídicos se afirma de modo geral: *In omnibus negotiis contrahendis sive bona fide sint sive non sint, si error aliquis intervenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil valet, quod acti sit* [1].

§ 35 — Dolo.

Assim define o dolo o jurisconsulto Labeão: — *Dolum malum* esse *omnem calliditatem, fallaciam, machinationem ad circumveniendum fallendum decipiendum alterum adhibitam*[2]. A jurisprudência estendeu o conceito de dolo de modo a compreender todo o procedimento desleal.

O dolo pode consistir em ação ou omissão, como p. ex., calando-se o que se deveria honestamente ter dito, se induz em êrro a pessoa enganada. Se tal êrro não é dos que invalidam o ato jurídico, o pretor concede meios

1. D. 44, 7, 57.
2. D. 4, 3, 1, 2 Ulp.

para destruir a eficacia do ato viciado pelo dolo. Tais meios são os seguintes:

I) A *actio doli:* ação concedida à vítima contra o autor do dolo. Dada a sua gravidade, é concedida pelo pretor sòmente quando não há outro meio jurídico, que permita à vítima obter reparação do dano sofrido. Tem por isso, caráter subsidiário [1]. O *iudicium de dolo* foi inventado por Galo Aquílio e Cícero chama-lhe *everriculum malitiarum omnium* [2]. A *actio de dolo* é uma ação *famosa,* por importar a *infamia* do condenado; pode-se propor dentro de um ano do fato delituoso.

II) A *exceptio doli* é uma defesa que o pretor concede à parte enganada que, não tendo ainda cumprido as obrigações assumidas com o ato jurídico, seja chamada a juízo para o seu adimplemento [3]. Pode ser oposta contra o autor do ato jurídico e contra terceiros agindo em virtude dêle, quando a relação é a título gratuito.

Nos atos conducentes a um juízo de boa fé, *bonae fidei,* não sendo necessário inserir a *exceptio doli* na fórmula, o dolo sob o ponto de vista processual acarreta a nulidade. Nos atos de direito estrito se neutralizam os efeitos práticos em virtude de *exceptio* concedida pelo pretor.

Quando se confundiu o direito civil com o pretoriano, o dolo, que no período clássico permitia recorrer tão só à tutela do pretor, foi considerado vício direto do ato.

Os intérpretes distinguem a propósito o *dolus dans causam* e o *dolus incidens.* O primeiro é determinante da vontade, pois sem êle o ato jurídico se não teria realizado; o *dolus incidens* é o influente nos momentos secundários do ato jurídico de modo que mesmo sem o dolo o negócio ter-se-ia realizado, mas em condições diversas e em geral menos onerosas.

Os intérpretes conservam a máxima segundo a qual *nemini dolus suus prodesse debet* (*nemo auditur turpitudinem suam allegans*).

Chama-se *dolus bonus* o consistente em lisonjas e malícias com as quais[4], no comércio cotidiano, um contraente gaba perante o outro a qualidade da mercadoria e as utilidades do ato jurídico a se realizar [5]. Não tem consequências jurídicas.

---

1. D. 4, 3, 1, Ulp.: *Verba autem edicti talia sunt: "Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo"*

2. Cic., de nat. deor. 3, 30, 74.

3. Gai. 4, 117; cf. 119.

4. Ex. de dolo bom e mau em Bern. *Flor.,* I, 381-2 — Exemplo de procedimento doloso em Tito Lívio (XXII, 61): Unus ex iis (captivis apud Hannibalem) domum (Romam) abiit, quod fallaci reditu in castra iure iurando se exsolvisset. Quod ubi innotuit relatumque est ad senatum, omnes censuerunt comprehendendum et custodibus publice datis deducendum ad Hannibalem esse.

5. D. 4, 3, 1, 3 Ulp.: *Labeonis definitio vera est. Non fuit autem contentus praetor dolum dicere, sed adiecit* malum, *quoniam veteres dolum etiam* bonum *dicebant et pro sollertia hoc nomen accipiebant, maxime si adversus hostem latronemve quis machinetur.*

§ 36 — Coação.

Os romanos falam em *vis* e *metus*. *Vis* é a violência absoluta e material (*vis corpori illata*) ou a ameaça de tal violência; *metus* (mêdo) é a situação de temor em que se encontra uma pessoa por efeito da ameaça.

Quando se trata de violência material, p. ex., quando se é constrangido fisicamente à prática de um ato, a vontade no ato jurídico é só aparente e portanto êste é absolutamente nulo.

Quando se trata de violência moral, praticamos o ato jurídico para evitarmos o mal de que somos ameaçado pela violência, mas a vontade existe: *quamvis si liber essem noluissem, tamen coactus volui* [1]. Por isso, o *ius civile* considera válido o ato jurídico, mas o pretor introduz meios destinados a proteger a parte cuja vontade foi viciada pela violência. Tais meios são:

— a) *Actio quod metus causa* concedida contra o autor da violência e também contra o terceiro que tenha adquirido a coisa extorquida por violência. Por êste seu caráter, segundo o qual se pode exercer contra qualquer , não obstante ser uma ação obrigatória, a *actio quod metus causa* se chama *actio in rem scripta* [2].

— b) A *exceptio* tem caráter de defesa daquele que repele a pretensão fundada em ato extorquido por violência[3].

— c) A *restitutio in integrum* considera não realizado o ato jurídico extorquido por violência, restabelecendo a situação anterior.

A violência deve ser *injusta:* o mal resultante da ameaça deve ser maior que o dano proveniente à parte que praticou o ato (*timor maioris malitatis*); deve ser de molde a impressionar não a um homem qualquer, mas, a um varão forte (*homo constantissimus*). A ameaça deve ser atual: *metum praesentem accipere debemus, non suspicionem inferendi eius* [4]. Enfim, o mal deve ser inevitável, i. é, *maioris rei impetus qui repelli non potest* [5].

O *timor reverentialis* não constitui causa de nulidade do ato jurídico.

§ 37 — Modalidades dos atos jurídicos.

Os atos jurídicos podem conter declarações acessórias de vontade, modificativas de seus efeitos normais e ordinários. Tais cláusulas aces-

1. D. 4, 2, 21, 5 Paul.
2. D. 4, 2, 14, 3 Ulp.: *In hac actione non quaeritur, utrum is qui convenitur an alius metum fecit: sufficit enim hoc docere, metum sibi illatum vel vim, et ex hac re eum, qui convenitur, etsi crimine caret, lucrum tamen sensisse.*
3. Gai. 4, 117.
4. D. 4, 2, 9 pr. Ulp.
5. D. 4, 2, 2, Paul.

sórias e eventuais chamam-se elementos acidentais ou também modalidades dos atos jurídicos [1].

Merecem um estudo geral, entre os elementos acidentais dos atos jurídicos, a condição, o têrmo e o modo.

A condição (*condicio*) é a cláusula que subordina o efeito do ato jurídico a um evento futuro e incerto.

O evento condicional deve ser *futuro* e *incerto*. São condições *impróprias* tôdas as em que o fato, aduzido como condição, não é futuro nem incerto, p. ex.: — as *condiciones in praesens collatae: Si rex Parthorum vivit, centum dare spondes?*; as *condiciones in praeteritum collatae: Si consul factus fuit, centum dare spondes?*; as quais trazem consigo a incerteza tão sòmente subjetiva, dependente da ignorância das partes e não da natureza das coisas (*natura rerum*). Outro tipo de condições impróprias, por lhes faltar o elemento da incerteza, são as condições *necessariae, quae omnimodo extaturae sunt*, sujeitas à regra: — *Qui sub condicione stipulatur, quae omnimodo extatura est, pure videtur stipulari*; i. é, quem estipula mediante condição, que necessàriamente se verificará, considera-se como tendo estipulado meramente [2].

No caso de ter sido imposta como condição a morte de alguém (p. ex.: *Si Titius morietur, centum dare spondes?*,) devemos examinar se se quis dar à cláusula o valor de têrmo ou de condição.

Os efeitos da aposição ao ato jurídico de condições impróprias são que o ato se considera válido ou nulo conforme se elas verifiquem ou não *ab initio*.

Às condições impróprias se avizinha a *condicio iuris*, inerente tàcitamente aos atos jurídicos (*tacite inest*); i. é, o evento futuro e incerto, mesmo não declarado, constitui elemento necessário à própria existência e à perfeição do ato jurídico[3].

Há condição *impossível* quando o fato condicional aduzido é impossível [4].

Distinguem-se três espécies de impossibilidades: — a) física (p. ex. *Si coelum digito tetigeris, centum dare spondes?*); — b) legal (p. ex. *Si forum aut basilicam vendideris* etc.); — c) moral (*contra bonos mores*). Distinguem-se além disso a impossibilidade absoluta (*si coelum digito tetigeris*) e a relativa (*si triduo proximo monumentum mihi feceris*). A condição necessária, concebida negativamente, converte-se em condição impossível (p. ex., *Si Titius non morietur*).

Assemelha-se à condição impossível a *condicio perplexa*, impossível sob o ponto de vista lógico (p. ex., *Si Titius heres sit, Seius heres esto*). Em tal caso o ato jurídico é sempre nulo.

---

1. Há uma série de atos de direito (*actus legitimi*) que não admitem qualquer modalidade, D. 50, 17, 77 Papin.; Vat. Fragm. 329. Quanto à compra e à locação, no tempo de Gaio mais não se duvida que possam ser subordinadas a condições, Gaio, 3, 146.
2. D. 46, 2, 9, 1 Ulp.
3. D. 23, 3, 21 Ulp.
4. Gai. 3, 98.

São condições *captatoriae* aquelas em que se visa provocar uma disposição de última vontade em favor próprio, p. ex., *Si Titius me heredem instituerit, Titius heres esto.*

As condições imorais e as ilegais em parte se confundem, porque há sempre alguma coincidência entre a proibição moral e a legal. Em direito romano geralmente se consideram ilícitas as restritivas da liberdade pessoal, da faculdade de contrair matrimônio, testar, exercer uma profissão, professar um culto, fazer juramento (*condicio iurisiurandi*).

As condições impossíveis *vitiantur et vitiant,* i. é, são nulas e anulam o ato jurídico a que estão jungidas. No referente aos atos de última vontade, as condições impossíveis sòmente *vitiantur,* i. é, são nulas e se consideram como não escritas, de modo que o testamento, o legado etc. permanecem válidos[1]. No direito brasileiro vige a regra romana para os atos *mortis causa,* sòmente quando se trata de condições fìsicamente impossíveis e de condições de não fazer coisa impossível.

As condições, além disso, se distinguem em *positivas* ou *negativas,* segundo o evento aduzido como condição seja ou não a realização de um fato (p. ex., *Si navis ex Asia venerit;* ou *Si navis ex Asia non venerit*).

Distinção moderna é a das condições em *suspensivas* e *resolutivas.* São suspensivas as que fazem depender de um evento futuro e incerto o *realizarem-se* os efeitos de um ato jurídico; são resolutivas as que fazem depender de um evento futuro e incerto o *cessarem* os efeitos de um ato jurídico já constituído. Os romanos não tinham o conceito geral de condição resolutória, obtendo entretanto o mesmo efeito dela mediante pacto acrescentado (p. ex., *in diem addictio* na venda).

Justiniano distingue as condições em *potestativas,* quando dependem da vontade de uma das partes (*Si Capitolium ascenderis*...); *casuais,* se dependem *ex fortuna,* i. é, de um fato independente da vontade das partes (*Si navis ex Asia venerit*...); *mixtas,* se dependem do acaso e da vontade das partes (*Si Titius Maeviam uxorem duxerit*).

Diz-se que *condicio pendet* quando o evento ainda se não verificou, podendo todavia verificar-se; *condicio existit,* quando o evento se verificou; *condicio deficit,* quando o evento se não verificou e já não se pode verificar.

De uma disposição da Lei das XII Tábuas relativa ao escravo libertado por testamento sob condição (*statuliber*) derivou o princípio pelo qual se reputa verificada, quanto aos efeitos jurídicos, a condição cujo implemento fôr maliciosamente obstado pela parte a quem desfavorecer[2].

Termo (*dies*). — Chama-se têrmo o momento do tempo a partir do qual o ato jurídico deve começar a produzir ou cessar de produzir os seus efeitos. O têrmo inicial é o que assinala o início dos efeitos (*dies a quo*); o têrmo final é o que lhes marca a cessação (*dies ad quem*).

---

1. Houve controvérsia entre Proculianos e Sabinianos. Os primeiros julgavam nulo o legado como a estipulação, Gai. 3, 98.

2. Ulp. 2, 2 e 5.

Entre *dies* e *condicio* há certo paralelismo; na compilação de Justiniano se aproxima o regime das relações submetidas à condição suspensiva do das relações com têrmo inicial.

O têrmo deve ser futuro e certo quanto ao fato mesmo da sua realização. Escolàsticamente se distingue: —

— (a) *Dies certus an et quando* (uma data fixa do calendário);

— (b) *Dies certus an et incertus quando* (o dia da minha morte);

— (c) *Dies incertus an et certus quando* (quando fôr maior de idade);

— (d) *Dies incertus an et incertus quando* (o dia do meu futuro casamento).

Diversamente da condição, o têrmo não suspende a aquisição de direitos, mas, só o exercício. *Id autem, quod in diem stipulamur, statim quidem debetur, sed peti prius quam dies veniat, non potest* [1].

Segundo os Sabinianos, a estipulação de dar, numa feira determinada (*certarum nundinarum diebus*), obriga a pagar no primeiro dia da feira; os Proculianos julgam que se pode exigir o pagamento no último dia. Justiniano acolheu a teoria proculiana[2].

Encargo (*modus*) é ônus impôsto ao destinatário de um ato jurídico; pode consistir em um fato, em uma dação, em qualquer conteúdo acessório que seja um elemento acrescentado e ulterior da vontade. Tem analogias com a condição, da qual se avizinha mais ou menos segundo a importância maior ou menos atribuída a êste ônus[3]; mas à diferença da condição não suspende a eficácia do ato.

O *modus* pode acrescentar-se àqueles atos jurídicos que têm como causa uma liberalidade; por exemplo, testamento, legado, doação. A aposição de um encargo impossível não anula totalmente o ato, mas só *vitiatur et non vitiat. Eum qui certarum nundinarum diebus dari stipuletur, primo die petere posse Sabinus ait.*

---

1. Inst. 3, 15, 2.
2. D. 45, 1, 138 pr. Venul.
3. D. 35, 1, 80 Scaev.: ... *nec enim parem dicemus eum, cui ita datum sit.: "si monumentum fecerit" et eum, cui datum est: "ut monumentum faciat"*

CAPÍTULO IV

DEFESA DOS DIREITOS

§ 38 — Noções gerais.

A fôrça coativa do preceito jurídico, numa sociedade organizada, se manifesta e atua segundo uma série de modos, que visam reconhecer o direito do particular. A atividade do Estado, cujo fim é realizar coativamente o direito, em cada caso concreto, chama-se *atividade jurisdicional;* a série dos atos jurídicos colimadores de tal escopo constitui o *processo*.

No estudo do direito privado romano é de fundamental importância conhecer o sistema processual, por estar intimamente conexo com o direito substantivo [1].

Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur, iudicio persequendi[2].

Actio e *ius* são têrmos coincidentes. Geralmente se afirma que os romanos consideram o direito à luz da ação. Com efeito, o sujeito tem direito se tem a ação correlativa; as normas de direito privado são normas de direito processual; os institutos jurídicos se constroem e desenvolvem em virtude de disposições que resguardam os modos de lhes conseguir a observância e a tutela jurídicas. Isto é verdadeiro em qualquer momento do desenvolvimento do direito romano: no período do direito quiritário, a jurisprudência haure na lei os casos em que ao particular assiste a *actio*, e portanto o direito; o edito do pretor não passa de um elenco de meios processuais concedidos ao particular; a atividade dos jurisconsultos e em grande parte também a jurisdição imperial geram um conjunto de disposições que reconhecem a existência do direito subjetivo enquanto o particular tem o poder de exercê-lo e atuá-lo no processo. No direito moderno, pelo contrário, a progressiva diversificação das normas de caráter processual e a contínua tendência delas a assumir caráter publicístico

1. Por isso a leitura do quarto livro das Institutas de Gaio é indispensável aos que queiram conhecer mais profundamente o direito romano.

2. D. 44, 7, 51 Cels.; Inst. 4, 6, pr. A definição se referia originàriamente só às ações *in personam*, nas quais se podia falar de *debeatur*, que importa uma *obrigação*. Aliás, no direito justinianeu, *actio* muitas vêzes indica o que no direito clássico era um *interdictum*, com terminologia que não é estranha aos jurisconsultos romanos.

levou à autonomia dos princípios relativos à atividade jurisdicional, hoje pertencentes à esfera do direito público. Na verdade, porém, no ponto de vista substantivo, o direito subjetivo, como diz Jhering, é um interêsse jurìdicamente protegido.

Em Roma, como entre todos os povos primitivos, a defesa do direito é originàriamente efetivada pela fôrça, quer seja uma atividade visando recuperar as coisas ou seu gôzo, quer seja uma atividade de vindicta (*talio*) sôbre o autor do dano. Depois, o costume de confiar a um árbitro a decisão das controvérsias foi regulado e impôsto pelo Estado tendo em vista a ordem pública e a paz social. No direito processual romano podem-se muitas vêzes encontrar vestígios do arcaico sistema da autodefesa. A terminologia, as formas, a efetivação do direito subjetivo no processo indicam claramente as linhas evolutivas; *vindicatio*, p. ex., deriva de *vim dicere* e é a ação pela qual o particular afirma seu direito sôbre a coisa (propriedade) contra quem quer que a possua; a defesa privada é admitida dentro dos mais largos limites, a tutela do direito, excluindo casos excepcionais, decorre de uma livre iniciativa do titular.

No período clássico ainda subsistem vários casos em que o particular pode fazer justiça por suas próprias mãos. São expressamente admitidos e depois limitados e restringidos pelas normas jurídicas. Costuma-se enumerar entre êles: o do proprietário que pode expulsar animais alheios do seu terreno; repelir quem se introduza no prédio *vi clam precario;* destruir o aqueduto construído por outrem em seu terreno sem ter o direito respectivo (*servitus*); vindicar a coisa das mãos de um detentor sem direito; o do credor que pode exigir e apoderar-se à fôrça das coisas empenhadas. Não é proibido recorrer a ameaças ou a meios violentos para obter o pagamento, pois fica excluída nesta hipótese a *actio quod metus causa*, uma vez que o *metus* é justo. Alguns expedientes jurídicos são precedidos por atos do particular (*operis novi nunciatio, interdictum quod vi aut clam*); e em algumas relações especiais o credor tem o direito de reter a coisa do devedor (*retentio*), como no caso do possuidor de boa fé, credor das benfeitorias necessárias e úteis feitas por êle; o credor fica com o penhor até que seja satisfeito em todos os seus créditos mesmo não garantidos pelo penhor (*pignus Gordianum*); o marido pode reter uma parte do dote. É admitida a legítima defesa.

Muitas destas disposições foram modificadas nos períodos pós-clássico e justinianeu. Desde os tempos de Augusto, a *lex Julia de vi publica et privata* cominava pena contra quem expulsasse, com homens armados, o proprietário, do seu prédio; Marco Aurélio estabeleceu que quem se apoderasse com violência do que lhe fôsse devido, perderia por isso o direito de crédito.

§ 39 — Abuso do direito.

O problema da defesa privada é conexo com o dos limites ao exercício de um direito. No atinente ao abuso do direito, o princípio muitas vêzes

repetido nas fontes é o seguinte: *qui suo iure utitur neminem laedit* [1]. Mas, paulatinamente, no decurso dos séculos, sobretudo por influência da ética cristã, foram-se impondo limites intrínsecos ao próprio direito subjetivo, conducente à moderna afirmação da proibição dos atos emulatórios.

As aplicações dêstes limites em direito romano podem distinguir-se em três categorias:

1) Limites na defesa da pessoa e dos direitos: a proteção da posse deve exercer-se *inculpatae tutelae moderatione* [2]; pode-se matar o ladrão de noite, só em caso de necessidade e *cum clamore testificetur* [3]; todavia é preferível capturá-lo.

2) Ao exercer nosso direito, não devemos prejudicar os outros: não é permitido ao construir um edifício ou muro privar o vizinho da luz ou impedir que o vento lhe sopre na eira; o vendedor não deve praticar represálias contra o comprador em mora de pagamento.

3) A solidariedade entre os homens exige que se conceda a alguém uma vantagem ou a satisfação de uma necessidade quando isto não nos prejudique: *prodesse enim sibi unusquisque, dum alii non nocet, non prohibetur* [4]; no comércio não se devem auferir lucros da inexperiência alheia. O preceito geral aconselha: *Christiani, quibus verus cultus est adiuvare pauperes et in necessitate positos* [5].

A proibição dos atos emulatórios refere-se aos atos praticados pelo proprietário dentro da esfera do direito seu, mas sem utilidade própria e com a intenção malígna de prejudicar os outros. Esta teoria, tem, no momento, grande importância porque, apesar de antigos, os debates continuam, hoje, mais vivos que nunca na literatura romanista; a importância desta teoria aumentou ainda no direito moderno, tanto na prática, como na doutrina e no movimento legislativo dos últimos anos.

O conceito de propriedade romana com sua sólida estrutura é sempre lembrado como modêlo de individualismo e de egoísmo do direito dos "quirites". Diz-se: "sendo a propriedade livre e individual, o titular do direito pode usar e abusar da coisa, e até mesmo destruí-la". *Qui suo iure utitur, neminem laedit — Nullus videtur dolo facere, qui suo iure utitur* [6]. É o *jus utendi fruendi et abutendi* dos intérpretes.

Salvador Riccobono demonstrou como êste princípio foi gradativamente paralizado durante o desenvolvimento do direito romano, cedendo

1. D. 50, 17, 55 Gai.; D. 50, 17, 151 Paul.; D. 50, 17, 155, 1 Paul.
2. C. 8, 4, 1.
3. D. 9, 2, 4, 1 Gai.
4. D. 39, 3, 1, 11 Ulp.; D. 39, 3, 2, 5 Paul.
5. C. 1, 4, 1 Valentinianus et Valens (ano 364).
6. D. 50, 17, 55 Gai.; D. 50, 17, 151 Paul.; D. 50, 17, 155 Paul.; D. 39, 2, 24 12, Ulp.; D. 39, 2, 26 Ulp.; D. 19, 1, 42 pr. Paul.; D. 43, 29, 3 Ulp.

lugar à máxima de que o proprietário deve, no exercício do seu direito, agir em sua própria utilidade e nunca por desprêzo ou dano dos outros.

A absoluta liberdade do proprietário foi, a pouco e pouco, cedendo às exigências mais elementares impostas pela convivência social, e, sofrendo limitações sempre maiores, na tutela dos interêsses éticos, humanitários e sociais. Os primeiros exemplos de limitações no exercício do direito de propriedade encontram-se na República, vindo no período clássico a se estender ao campo do direito privado, quando se formou a doutrina por obra dos juristas. Teve porém o seu completo desenvolvimento com a ética cristã, que reforçou e generalizou a proibição do exercício abusivo do direito em todo o sistema jurídico.

O princípio do antigo direito "qui suo iure utitur neminem laedit" tem na compilação uma significação diferente e nova, no sentido de que o direito subjetivo tem limites intrínsecos impostos pela exigência da vida social, exercendo sua fôrça dentro dêstes limites. Nestas condições, o abuso do direito constitui de modo imediato uma transgressão do próprio direito.

A doutrina moderna atribuiu êste caráter à proibição dos atos emulatórios. Da premissa de que o dolo é contrário ao direito, deduz-se que quem exerce o direito com dolo, pratica um ato ilícito, porque transgride os limites do próprio poder. Mas esta concepção é justinianéia; que seja o dolo contrário ao direito e o anule direta e totalmente é uma concepção bizantina; um efeito da fusão entre o *jus civile* e o *jus honorarium*, e que foi realmente aplicada pelo legislador em muitos casos. A disposição mais célebre é a que concerne à proibição de matar o ladrão, o que era admitido sem limite algum no direito pagão. Agora o assassínio é permitido sòmente: *si aliter periculum effugere non potest*[1]. Aqui não há dúvida que se fixa um limite rigoroso ao conceito da legítima defesa. A Glosa, pelo conhecimento mais profundo de todo o conteúdo da compilação de Justiniano reconheceu na máxima *malitiis non est indulgendum* um claro influxo evangélico. O princípio técnico está na compilação de Justiniano: *prodesse enim sibi unusquisque dum alii non noceat non prohibetur*. A Escola Erudita dos Cultos, afirmando existir contradição ao princípio do domínio absoluto, desvalorizou esta máxima. O aspecto arcaico, rigoroso, individualista do sistema romano, prevaleceu e foi considerado característico de todo o direito romano que permanecera imóvel nas suas fases primitivas.

Hoje porém, a proibição do abuso do direito sob qualquer forma, faz parte de quase todos os códigos modernos e a jurisprudência de cada país a aplica a cada passo. Na Inglaterra e na doutrina norte-americana a discussão em tôrno da proibição do abuso do direito é ainda viva. Os tratadistas acenam a êste propósito com hesitantes doutrinas de equidade; as aplicações da jurisprudência não deixam dúvidas quanto ao futuro e ao imediato triunfo do princípio que corresponde a exigências espirituais de uma sociedade organizada civilmente.

---

2. Ins. 4, 3, 2.

§ 40 — Características gerais do processo civil.

No desenvolvimento do direito romano sucedem-se três sistemas de processo: o das *legis actiones,* o formular e o da *extraordinaria cognitio.* Nos primeiros dois sistemas o processo apresenta uma característica que merece ser salientada, pois esclarece o conceito romano de jurisdição, a configuração dos institutos jurídicos, o efeito não só processual mas também substancial decorrente do desaparecimento da mesma característica.

O processo pelas ações da lei e o processo formular se desenvolvem em dois momentos distintos: o primeiro perante o magistrado, (no tribunal, *in iure*); o segundo perante o juiz (*apud iudicem, in iudicio*). A distinção pode fundar-se no fato de o Estado assumir sòmente uma parte da função judiciária. Com efeito, o magistrado é órgão do Estado, que determina antecipadamente as conseqüências jurídicas das pretensões dos litigantes. Pelo contrário, o juiz romano é um cidadão particular que verifica a realidade dos fatos aduzidos pelas partes, aplica-lhes os princípios de direito indicados pelo magistrado e põe fim ao juízo mediante sentença. O papel do magistrado, que *ius dicit,* i. é, determina qual é o direito que deve aplicar-se na espécie, é distinto do do juiz, que julga pelas provas e deve juntamente com os litigantes, respeitar os limites jurídicos da lide fixados anteriormente em tribunal.

Dada a conexão existente entre direito e ação, clara se mostra a influência dêste regulamento processual sôbre a substância dos vários institutos jurídicos. Assim p. ex., muito diferente é para a resolução duma lide, o juiz poder ou não considerar o elemento da boa fé na relação jurídica litigiosa: se o magistrado tiver dado tal faculdade ao juiz, êste não reconhecerá válido um ato jurídico viciado pelo dolo; pelo contrário, faltando essa outorga do magistrado, a sentença do juiz será até mesmo favorável ao litigante doloso.

Continuando com o mesmo exemplo, durante o último período da evolução do direito romano, desaparecida a distinção entre processo *in iure* e *apud iudicem,* e portanto o Estado assumindo a função jurisdicional desde o comêço até o fim do processo (*cognitio extraordinaria*), a consideração do dolo dum dos litigantes por parte do órgão do Estado já não decorre de uma faculdade concedida ao juiz particular, mas da livre convicção de quem julga, convicção esta formada num momento qualquer do processo.

§ 41 — Processo por legis actiones.

O sistema processual primitivo é o das ações da lei [1]. *Legis actiones* são as formas solenes, sacramentais e simbólicas que os litigantes devem aplicar na primeira fase *in iure.* Provàvelmente o nome deriva do fato de serem estabelecidas pela lei ou copiadas das próprias palavras da lei [2].

1. Lívio, 8, 28.
2. Gai. 4, 13-14.

O mais antigo código do direito privado foi, com efeito, o *liber actionum* publicado, segundo a tradição, por Cneo Flávio.

O ato introdutório do processo (*in ius vocatio*, chamamento a juízo) tem caráter privado. Quem se acredita lesado intima o réu a comparecer ao tribunal (*in ius*), perante o magistrado, a fim de receber um juiz. Sendo indispensável pela *legis actio* a presença dos litigantes, se o réu se recusar, será levado à fôrça. *Actor*, autor, deriva de *agere*, i. é, levar. O réu que não quer ir, pode todavia oferecer um *vindex*, i. é, um fiador [1] que se responsabilize pelo seu comparecimento no dia marcado para a audiência. Neste caso o réu não deve ser incomodado.

O processo *in iure* se desenvolve nas formas das ações da lei. As *legis actiones* são cinco: *sacramento, per iudicis postulationem, per condictionem, per manus iniectionem, per pignoris capionem*. As primeiras três são relativas ao processo ordinário, i. é, visam proporcionar os meios normais pelos quais a lide deve decidir-se *apud iudicem;* as outras duas pertencem ao processo executivo, pois substancialmente regulam uma atividade legal de certo modo autônoma do autor sôbre a pessoa ou os bens do réu.

Por certo a *manus iniectio* e a *pignoris capio* constituem institutos muito primitivos, do tempo em que vigorava a defesa privada; no período clássico permanecem apenas como processos executivos.

Convém aqui examinar particularmente a *legis actio sacramento*[2] que tinha caráter geral, no sentido de se poder adaptar aos casos para os quais não era estabelecido um modo diferente de agir; e a *legis actio per manus iniectionem*[3], que representa a regulamentação pura e simples da luta privada. As outras ações da lei têm caráter subsidiário e complementar.

Legis actio sacramento significa a ação da lei da qual decorre um liame em virtude do juramento (*sacramentum*). O processo constava duma aposta feita pelos litigantes com palavras solenes e sacramentais. Os litigantes, depois de terem comparecido perante o magistrado [4], apostavam uma quantia em dinheiro que seria perdida pelo que não provasse ser verdadeira a sua afirmação. Conforme o objeto controvertido fôsse inferior ou superior a mil asses, a quantia apostada seria de cinqüenta ou quinhentos asses. Nas lides relativas à liberdade, *favore libertatis*, a aposta era de cinqüenta asses. As partes depositavam antecipadamente a quantia num lugar sagrado ou os *praedes sacramenti* prestavam garantia pelo adimplemento dela. O juiz nomeado decidia apenas indiretamente a lide, pois a sentença se limitava a dizer quem tinha ganho a apos-

---

1. Gai. 4, 21-25.
2. Os dias de expediente se chamam *dies fasti*; *dies nefasti* são os em que não se pode agir; *dies intercisi* são os parcialmente *fasti*.
3. Gai. 4, 13-14.
4. Gai. 4, 21-25.

ta e quem a tinha perdido: *utrius sacramentum iustum aut iniustum sit*. Naturalmente a questão era resolvida implìcitamente, pois a aposta de cada uma das partes correspondia às pretensões delas. A quantia do litigante que perdia era atribuída ao erário; quem ganhava retomava a sua quantia.

Conforme o objeto da controvérsia fôsse um direito sôbre a coisa ou um crédito, a *legis actio sacramento* seria *in rem* ou *in personam*. Na *legis actio sacramento in rem*, tratando-se de reivindicação de coisas móveis ou semoventes, a coisa devia ser exibida *in iure*; antigamente, quando fôsse incômodo levá-la, os litigantes e o magistrado deviam ir ao lugar onde estivesse; mas mais tarde o magistrado mandava que se apresentasse ao tribunal só um símbolo do objeto não transportável, p. ex. um punhado da terra do prédio, uma telha do edifício, uma ovelha do rebanho.

O autor, tendo em mão uma varinha (*vindicta* ou *festuca*), apreendia a coisa ou seu símbolo, dizendo: "Declaro que esta coisa é minha por direito dos Quirites segundo sua razão (*secundum suam causam*). Por haver assim declarado, impus a varinha". A varinha indicava exatamente o poder.

Se o réu se comporta passivamente e, calando, não contesta a afirmação do autor, a lide cessa imediatamente *in iure*. Pelo contrário, se o réu repete por sua vez as palavras do autor e executa os atos correspondentes, dá-se a *manus consertio*. O magistrado então ordena seja entregue o objeto da lide ao litigante que der fiadores (*praedes litis et vindiciarum*) para a eventual restituição da coisa, com todos os seus acréscimos, à outra parte, se esta ganhar a aposta. De preferência a posse interina é dada ao possuidor atual.

Neste ponto os litigantes se desafiavam recìprocamente com as palavras: "Desde que tu afirmaste teu poder sôbre a coisa, contra o direito, desafio-te por sacramento a cinqüenta (ou quinhentos) asses". O adversário respondia: "E eu te desafio a ti".

Decorridos trinta dias, as partes voltavam perante o magistrado, para o juiz (*ad iudicem capiendum*). Assim se conclui a *legis actio*.

Perante o juiz (*apud iudicem*), que é um cidadão particular escolhido pelos contendentes de comum acôrdo ou eventualmente nomeado pelo magistrado, cada parte alega as provas do seu direito. O *judex* avalia-as e pronuncia a sentença decidindo qual dos dois ganha a aposta. A *sententia* contém portanto uma pronunciação que só indiretamente implica condenação ou absolvição. Para obter o pagamento é preciso um ulterior processo executivo.

A *legis actio per manus iniectionem* provàvelmente é a mais antiga das ações da lei. Pressupõe em geral que alguém tenha sido condenado a pagar uma quantia de dinheiro a outrem. Decorridos trinta dias da condenação, o credor tem o direito de levar o devedor ao tribunal, pronunciando aí as palavras seguintes: "Desde que fôste condenado a pagar tanto e desde que não o pagaste, por esta razão eu lanço a mão

sôbre ti, por causa da condenação". O réu não pode repelir a *manus iniectio*, mas ou deve procurar um defensor (*vindex*), que vai responsabilizar-se pelo dôbro, ou, não o achando fica adicto, ao autor, que o traz à sua casa, tem o direito de amarrá-lo e vendê-lo como escravo além do Tibre, se não pagar a dívida dentro de sessenta dias. O credor pode mesmo matar o devedor; sendo vários os credores, o corpo do devedor será dividido entre êles.

Mais tarde esta execução sôbre a pessoa sofreu atenuações. A tradição atribuiu à *lex Poetelia* de 326 a. C. o princípio pelo qual *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.*

A *legis actio per manus iniectionem* podia intentar-se também contra quem tivesse confessado *in iure* uma dívida em dinheiro e era concedida por algumas leis especiais, no concernente aos créditos privilegiados, cuja execução podia ser obtida direta e imediatamente por um processo de execução, como hoje no respeitante à letra de câmbio.

Para conhecer o processo relativo às outras *legis actiones* é suficiente ler o manual de Gaio[1], no assunto a nossa maior e quase única fonte de informação.

§ 42 — O processo formular.

O sistema processual das ações da lei era muito rigoroso e formalístico; bastava ter-se pronunciado uma palavra diferente da estabelecida pela lei para se perder a lide[2]. Com o desenvolvimento de Roma e relações mais freqüentes dos Romanos com outros povos, o processo *per legis actiones*, ao qual eram admitidos naturalmente só cidadãos romanos, mostrava-se inadequado às novas exigências dos tempos[3].

Por isso, na metade do II século antes de Cristo, a *lex Aebutia* introduziu, ao lado do rito por ações da lei, uma nova forma de processo, mais simples e menos formalística, i. é, o processo formular. Nos tempos de Augusto o processo formular tornou-se obrigatório em virtude das *leges Juliae iudiciariae*.

O nôvo processo chama-se formular, pela fórmula escrita que o magistrado outorga às partes e ao juiz. A *formula* constitui um resumo em têrmos jurídicos dos elementos fundamentais da lide. *Litigare per formulas* significa *litigare per concepta verba*, pois os limites da controvérsia estão determinados pelas palavras contidas na fórmula concedida pelo magistrado.

Um exemplo tornará mais claro o processo. Suponhamos que Fulano vendeu um escravo a Sicrano que deve pagar o preço de dez mil sestércios.

---

1. *Legis actio per iudicis postulationem*, Gai. 4, 17; *legis actio per condictionem*, Gai. 4, 17-20; *legis actio per pignoris capionem*, Gai. 4, 26-29.

2. Gai. 4, 30. O mesmo se dava no caso de omitir ou acrescentar outras palavras cf. V. F. 318.

3. Gai. 4, 30; 4, 11; 1, 184.

Sicrano não quer pagar e portanto Fulano usa dos meios judiciários para obter quanto lhe cabe. Assim, chama Sicrano à juízo (*in ius vocatio*) perante o magistrado. Indicaremos, como fazem os romanos nos seus exemplos, Fulano, o autor, *Aulus Agerius,* i. é , o rico que intenta a ação; e Sicrano, como o réu pobre que nega, *Numerius Negidius.*

Quando se apresentam ao magistrado, os litigantes expõem os fatos e seu desenvolvimento sem pronunciar nenhuma palavra solene ou praticar nenhum ato simbólico, ao contrário do que se fazia preciso no processo por *legis actiones.* Em seguida, o magistrado resume os têrmos da controvérsia na fórmula escrita em que se distinguem as seguintes partes [1]:

1.ª nomeação do juiz:
"*Tício seja juiz*";

2.ª demonstração (*demonstratio*):
"*Desde que Aulo Agério vendeu um escravo a Numério Negídio*";

3.ª pretensão (*intentio*):
"*se se provar que Numério Negídio deve dar a Aulo Agério dez mil sestércios*";

4.ª condenação (*condemnatio*):
"*o juiz condenará Numério Negídio a pagar a Aulo Agério dez mil sestércios; se não se provar absolverá Numério Negídio*".

Assim a fórmula constitui a delimitação da forma segundo a qual a controvérsia será examinada pelo juiz; para êste é uma indicação de seu poder.

Como ressalta especialmente da *condemnatio,* a fórmula contém um juízo hipotético, no sentido em que a ordem dada pelo magistrado ao juiz, de condenar ou de absolver o réu, está subordinada à verificação (se *se provar*) dos elementos de fato que determinaram a controvérsia resumida na própria fórmula. Na espécie, o juiz Tício deverá averiguar se na verdade Aulo Agério vendeu um escravo a Numério Negídio e se na verdade Numério Negídio não pagou o preço. Se estas circunstâncias resultarem verdadeiras, o juiz condenará o réu; em caso contrário, o absolverá.

§ 43 — Partes da fórmula.

O exame pormenorizado de cada parte da fórmula é indispensável para esclarecer como o direito processual está intimamente conexo com a evolução dos institutos de direito substancial em Roma.

(I) *Nomeação do juiz.* A fórmula que o magistrado concede começa sempre nomeando o juiz, i. é, quem deverá averiguar a correspon-

---

1. Gai. 4, 39-44.

dência dos fatos com a verdade, e em seguida eventualmente condenar o réu. O juiz em regra é um particular, escolhido pelas partes de comum acôrdo nas listas de pessoas que apresentem os necessários requisitos. Não podem ser juízes os surdos, os mudos, os loucos, as mulheres, os indivíduos expulsos do Senado.

Tratando-se duma causa de herança ou de tutela o juiz é um órgão colegial, *collegium centumvirale;* para causas relativas à liberdade das pessoas é competente um *collegium decemvirale.* Quando tem maior liberdade de apreciação, no sentido em que seu julgamento não está rigorosamente ligado às palavras da fórmula, o juiz se chama *arbiter*, como especialmente nas causas de partilha em que o árbitro deve pronunciar a *sententia* considerando vários elementos de direito e de fato que não é possível resumir nas concisas palavras da fórmula. Os *recuperatores* são juízes colegiais, escolhidos por sorteio e recusa recíproca das partes, que, avaliando as provas, pronunciam a *sententia* segundo formas mais simples e diretas.

(II) A *demonstratio* é geralmente a segunda parte da fórmula que resumidamente narra os fatos expostos pelas partes ao magistrado. Constitui o pressuposto de fato da pretensão do autor. Assim, por exemplo, se houver uma venda, a *demonstratio,* dirá: "*Desde que Aulo Agério vendeu um escravo a Numério Negídio*". Se houver um depósito, a *demonstratio* será assim redigida: "*Desde que Aulo Agério depositou uma mesa de ouro com Numério Negídio*" e assim por diante.

A *demonstratio*, numa fórmula, não pode de modo nenhum estar sòzinha, porque não teria valor a narração do fato, que deu origem à controvérsia, sem a indicação da pretensão do autor ou sem a faculdade dada ao juiz de condenar ou absolver o réu. Por outro lado, a *demonstratio* não é um elemento indispensável à fórmula e, como veremos logo, ela pode encontrar-se fundida com a exposição da pretensão do autor.

(III) A *intentio* é a parte mais importante da fórmula, porque exprime a pretensão do autor. Conforme fôr concebida a *intentio,* distinguem-se vários tipos de ações que indicaremos no próximo parágrafo. Quando o autor pretende que o juiz certifique apenas a existência de um elemento, p. ex., se Pânfilo é liberto de Aulo Agério, neste caso a fórmula contém só a *intentio*, sem *demonstratio* nem *condemnatio*, e se chama *formula praejudicialis*, pois aparece como um pressuposto para um sucessivo juízo. Pode comparar-se com as modernas ações declaratórias de mera certificação, sendo a resposta do juiz apenas uma *pronuntiatio* [1].

(IV) A condenação (*condemnatio*) da fórmula contém a faculdade dada ao juiz de condenar ou absolver o réu. Conforme o autor na *intentio* pede uma quantia de dinheiro ou não, a *condemnatio* é *certa* ou *incerta*. A condenação incerta chama-se *infinita*, quando o juiz tem faculdade de fixar a seu arbítrio a quantia a ser paga; e *cum taxatione,*

1. Gai. 4, 44. São dêste tipo tôdas as ações relativas ao acertamento do estado de uma pessoa.

quando o juiz não pode condenar o réu além duma quantia máxima na *condemnatio*[1]. Como foi dito, esta parte da fórmula falta nas ações prejudiciais.

Para se compreender a configuração dos institutos jurídicos romanos se deve ter em conta que a condenação no processo formular é sempre concebida numa quantia de dinheiro, qualquer que seja o objeto da lide: *omnium autem formularum, quae condemnationem habent, ad pecuniariam aestimationem condemnatio concepta est*[2]. O princípio, talvez vestígio dos tempos em que os litigantes costumavam reconciliar-se substituindo à vingança privada o pagamento duma quantia, leva à consequência de que o autor não pode pretender nada, se a violação do direito não tiver um interêsse pecuniário. No que diz respeito às obrigações, a prestação deve ser avaliável em dinheiro; quanto aos direitos reais, a coisa objeto da lide deve ter um valor pecuniário. No caso em que o autor pretenda uma coisa determinada, como por exemplo na reivindicação, o pretor intercala na fórmula a *cláusula arbitrária,* i. é, dá faculdade ao juiz, Tício, de condenar o réu, a não ser que êste, antes da sentença, restitua a coisa devida (*nisi ea res arbitrio Titii restituetur*). A *formula arbitraria* tem indiretamente o efeito de constranger o réu a restituir a coisa, pois em face de uma *condemnatio incerta infinita,* êle preferirá naturalmente restituir a coisa a pagar uma quantia enorme[3].

Nas causas de partilha (*actio communi dividundo, actio familiae erciscundae, actio finium regundorum*) a *condemnatio* era substituída pela *adiudicatio*, em virtude da qual o juiz (*arbiter*) tinha o poder de atribuir aos litigantes de maneira equitativa a coisa objeto da lide.

§ 44 — A exceptio.

A *exceptio* é um meio de defesa do réu. O nome deriva de ser ela uma exceção à ação baseada no *ius civile*, geradora, em princípio, da condenação do réu. A *exceptio* não visa afirmar a inexistência da relação na qual o autor capitula sua pretensão, mas sim neutralizar a ação, evitando que a rigorosa aplicação das normas de *ius civile* possa gerar consequências iníquas. É definida *quasi quaedam exclusio, quae opponi actioni cuiusque rei solet ad excludendum id, quod in intentionem condemnationemve deductum est*[4]. As exceções eram concedidas pelo pretor de modo geral no seu programa jurisdicional (*edictum*); às vêzes decorriam de leis ou de outras fontes de direito[5].

Constituindo um pressuposto contrário à pretensão do autor, a *exceptio* era intercalada na fórmula entre a *intentio* e a *condemnatio* e

---

1. Gai. 4, 49-52.
2. Gai, 4, 48.
3. No direito justinianeu a condenação da *reivindicação* é na própria coisa e a execução se pode obter mesmo *manu militari*: D. 6, 1, 68; Inst. 4, 6, 31.
4. D. 44, 1, 2 pr.; Gai. 4, 116.
5. Gai. 4, 118.

exprimia hipotética e negativamente uma relação que, uma vez averiguada pelo juiz, excluia a sentença condenatória do réu. Assim, por exemplo, se o réu *in iure* tivesse sustentado que não tinha pago o preço do escravo, tendo concordado o vendedor autor não pedir o pagamento (*pactum de non petendo*), a fórmula da ação do vendedor era redigida assim pelo pretor: "*Tício seja juiz. Desde que Aulo Agério vendeu um escravo a Numério Negídio; se se provar que Numério Negídio deve dar a Aulo Agério dez mil sestércios; se Aulo Agério não concordou em não requerer a quantia; o juiz condenará Numério Negídio a pagar a Aulo Agério dez mil sestércios; se não se provar, absolverá Numério Negídio*" [1].

As *exceptiones* se dividem em *peremptoriae* e *dilatoriae*, conforme podem opor-se em qualquer tempo ou apenas num prazo determinado. As primeiras paralizam o direito do autor para sempre; as outras o esbarram num tempo certo, como no caso de o autor demandar antes do momento ajustado [2]. As *exceptiones dilatoriae* se chamam também *temporales*. Chama-se *exceptio in factum* a exceção concedida pelo pretor, não em virtude do seu edito geral, mas em seguida à consideração sumária da espécie concreta (*causa cognita*). A *exceptio* prejudicial, colocada antes da *demonstratio* da fórmula, chama-se *praescriptio* [3].

Contra a *exceptio*, o autor podia levantar uma *replicatio*.

§ 45 — Tipos de fórmulas e de ações.

Dada a estrita conexão entre processo e direito privado, as classificações das ações no período clássico têm grande valor, pois à forma de sanção dos direitos corresponde à natureza dos mesmos.

(I) *Actiones in personam* — *actiones in rem*[4]. A pretensão do autor pode ou ser dirigida contra uma pessoa determinada, obrigada a dar ou fazer algo em proveito do autor; ou ser concebida de modo que o autor sustente o reconhecimento de seu direito sôbre uma coisa, prescindindo de qualquer obrigação de outrem. Naturalmente, neste último caso, desde que o direito seja reconhecido, todos têm o dever de respeitá-lo. Na fórmula da *actio in personam* a *intentio* exprime, como sempre, hipotèticamente, uma obrigação do réu (*si paret*. . . *oportere*, se se provar. . . que deve); na *actio in rem* a *intentio* diz apenas que a coisa é do autor (*si paret rem*. . . *Auli Agerii esse*, se se provar que a coisa. . . é de Aulo Agêrio). Sôbre esta distinção formal se baseia a classificação dos direitos em obrigacionais e reais; os primeiros se pretendem contra uma pessoa determinada, os segundos contra todos (*erga omnes*).

---

1. Gai. 4, 119.
2. Gai. 4, 120-125.
3. Gai. 4, 130-137. Do instituto deriva o têrmo moderno de prescrição, que, sendo originàriamente uma causa de extinção da ação, era colocada antes da fórmula, evitando que o juiz examinasse inùtilmente o mérito da lide.
4. Gai. 4, 1-5.

Chama-se *actio in rem scripta* a ação que não decorre de um direito real, mas cuja fórmula não indica a pessoa do réu e, por isso, se pode intentar contra quem quer que seja. O caso típico de *actio in rem scripta* é a *actio quod metus causa*, que pode ser proposta não só contra o autor da violência, mas também contra o possuidor da coisa obtida por violência de outrem.

(II) *Actiones civiles — actiones honorariae*. A pretensão do autor pode decorrer ou duma relação reconhecida e sancionada pelo *ius civile*, ou apenas protegida pelo pretor, i. é, de *ius honorarium*. Na *intentio* das *actiones civiles*, que são *in personam*, o verbo *oportere* (dever) indica a obrigação sancionada pelo *ius civile*; na *intentio* das ações civis *in rem* há a expressa indicação do ordenamento jurídico gerador da pretensão: "se se provar que a coisa é de Aulo Agério *por direito dos Quirites*". Tôdas as ações civis são *in ius conceptae*, contrapondo-se às ações *in factum conceptae* de *ius honorarium*, que veremos mais adiante. Às vêzes há ações que têm a *intentio* quer *in ius* quer *in factum* [1].

As *actiones honorariae* recebem denominações diferentes conforme a concepção da sua fórmula:

(a) *Actiones utiles* são as decorrentes da extensão duma ação já conhecida. O pretor opera a extensão mediante uma *formula ficticia*, quando finge existente um elemento que é pressuposto essencial da ação do *ius civile*, e que na espécie não existe. Assim, por exemplo, para estender a *actio furti* a favor ou contra o *peregrinus* que, não sendo cidadão romano, não pode recorrer ao *ius civile* nem ativa nem passivamente, o magistrado finge ser o peregrino cidadão; semelhantemente, para proteger a posse de boa fé, supõe existente a propriedade de *ius civile*, fingindo que haja decorrido o prazo necessário para usucapir a coisa (*actio publiciana*)[2].

A *actio utilis* pode ter uma fórmula com translação de sujeitos; quer dizer o pretor indica na *condemnatio* uma pessoa diferente do autor ou do réu, que está indicado na *intentio*, tornando possível a representação [3]; e, ainda permitindo que quem sinta os efeitos da ação não seja quem formalmente deriva sua posição de autor e de réu, do *ius civile*, mas o que na realidade das relações sociais deve ser indenizado ou condenado.

(b) *Actiones in factum* são as ações nas quais o pretor protege uma relação não sòmente não reconhecida pelo *ius civile*, mas que também não poderia ser protegida pela utilização de algum dos meios agora referidos, decorrentes da analogia com uma fórmula de ação civil. A *demonstratio* da *formula in factum* funde-se com a *intentio*, pois a pretensão do autor coincide com o fato que a gera, segundo a *jurisdictio* do magis-

1. Gai. 4, 47.
2. Gai. 4, 34-37.
3. Gai. 4, 35.

trado. As *actiones in factum* constituíram o meio mais eficaz de desenvolvimento e de penetração do direito pretoriano, gerando institutos jurídicos absolutamente desconhecidos do direito romano quiritário [1].

(III) *Actiones stricti iuris — actiones bonae fidei.* — A distinção se refere em princípio apenas às *actiones in personam;* mas com o decurso do tempo abrange também as *actiones in rem.* Chamam-se *actiones stricti iuris* as ações que têm uma fórmula com *intentio* certa em todos os seus elementos, de maneira que o juiz, na avaliação dos fatos que levam à sentença não tem nenhum poder discricionário, além dos pontos indicados na fórmula. Por isso, uma *exceptio* do réu terá a função de paralisar a condenação decorrente destas ações, sòmente no caso de ser intercalada na fórmula. Nas *actiones bonae fidei,* pelo contrário, não é preciso que a *exceptio* seja indicada na fórmula, pois após a *intentio* está escrito — *ex fide bona,* o que autoriza o juiz a considerar a pretensão do autor em relação às normas de honestidade e de correção. A enumeração que faz Gaio dos *iudicia bonae fidei* [2] se estende cada vez mais. Aos atos jurídicos abstratos correspondem ações de direito estrito; aos atos jurídicos causais correspondem ações de boa fé.

(IV) *Actiones rei persecutoriae — actiones poenales — actiones mixtae* [3]. A classificação diz respeito ao escopo que o autor visa; a saber, se visa a indenização dum dano sofrido, a ação é *rei persecutoria,* como tôdas as que decorrem de contratos; se visa a punição do réu mediante multa a ser paga ao autor, a ação é *poenalis,* como por exemplo tôdas as que derivam de delito e importam condenação avaliada num múltiplo do dano sofrido. *Actiones mixtae* são as que visam quer a indenização quer a multa. No direito justinianeu as ações reais, visando a restituição da coisa, são classificadas entre as *actiones rei persequendae gratia comparatae* [4].

§ 46 — A litis contestatio.

O processo *in iure,* perante o magistrado, quer no período das ações da lei, quer no do rito *per formulas,* termina com a *litis contestatio.* A expressão deriva do fato de que a contestação da lide se praticava formalmente perante testemunhas. Interessa-nos a *litis contestatio* no processo formular.

Tendo o pretor redigido a fórmula, que cabia à espécie, as partes concordavam em apresentar-se ao juiz. A *litis contestatio* clássica consiste exatamente na comunicação por parte do autor e na aceitação por parte do réu da fórmula da ação. Os efeitos principais da *litis contestatio* são o de estabelecer um vínculo em virtude do qual as partes devem aceitar

1. Gai. 4, 46.
2. Gai. 4, 62.
3. Gai. 4, 6-9.
4. Inst. 4, 6, 16, 19.

a sentença do juiz, e o de extinguir a antiga relação juridica que deu lugar à lide.

Mais particularmente indicamos a seguir os efeitos da contestação da lide:

(I) Com a *litis contestatio* consuma-se a ação, i. é, depois dêsse momento, o autor não pode propor outra ação baseada na mesma relação jurídica geradora da lide. O princípio da consumação processual é indicado pelo brocardo: *bis de eadem re ne sit actio;* quer dizer que não pode haver repetição de ação acêrca do mesmo objeto. A norma é originária do direito quiritário e por isso, nas causas entre cidadãos romanos, em Roma (*iudicia legitima*), anula direta e imediatamente (*ipso iure*) a segunda ação; nas causas com os *peregrini* e fora de Roma (*iudicia imperio continentia*) a segunda ação ficava paralisada mediante a *exceptio rei iudicatae*, em virtude da qual o réu repelia o autor que tivesse intentado uma segunda ação com o mesmo objeto [1].

(II) A *litis contestatio* perpetua a ação, i. é, depois de verificada, impede que a ação se extinga por prescrição (perempção) e torna possível que, morto o réu, o autor obtenha a condenação dos herdeiros [2].

Havia dúvida entre os jurisconsultos romanos se podia o réu eximir-se à condenação mediante a execução espontânea, depois da *litis contestatio* e antes da sentença. Os Sabinianos o afirmavam, dizendo que *omnia iudicia absolutoria sunt;* os Proculianos o admitiam apenas nos juízos de boa fé [3].

(III) A *litis contestatio* é o momento certo ao qual se deve referir o juiz para decidir se o autor tem o direito pretendido e para determinar a quantia da condenação, no objeto da lide e nos frutos produzidos, no intervalo entre a contestação e a sentença.

Dada a sua natureza de acôrdo entre as partes, a *litis contestatio* se assemelha a um contrato; ou melhor, aparece como um modo de extinção das obrigações, pois a relação jurídica, objeto da lide, após a *litis contestatio* cessa e se transforma em outra relação de caráter processual, dando lugar a uma *novatio necessaria* [4].

§ 47 — Processo apud iudicem e execução.

O processo perante o juiz (*apud iudicem*) se inicia com a exposição da causa e das razões do autor e do réu, quer com perorações, quer com discussões particulares. Os litigantes produzem as provas de seu direito. O autor deve provar sua pretensão (*actori incumbit onus*

---

1. Gai 3, 181; 4, 103-109.

2. D. 27, 7, 8, 1 Paul.: ... *litis contestatione et poenales actiones transmittuntur ab utraque parte.*

3. Gai. 4, 114. Justiniano acolheu a teoria sabiniana (Inst. 4, 12, 2).

4. Gai. 3, 180-181.

probandi) [1]; o réu, eventualmente, a sua exceção (*in excipiendo reus fit actor*) [2].

A prova testemunhal em princípio tem grande valor. Cada parte pode deferir o juramento à outra, que ou o aceita, decidindo a controvérsia, ou o defere por sua vez à outra parte que, jurando, põe fim ao processo ou fixa um ponto importante para a decisão final. Perante o juiz pode dar-se a confissão do réu.

O juiz avalia as provas com a maior liberdade; averigúa se a pretensão do autor, referida na *intentio* da fórmula, é superior ao que é realmente devido (*plus petitio*) [3]; às vêzes, há fatos que a lei manda se tenham como provados, admitindo, porém a prova contrária (*praesumptiones iuris tantum*) ou mesmo com a proibição da prova contrária (*praesumptiones iuris et de iure*).

A sentença deve ser pronunciada na presença das partes. Tratanso-se de juízos colegiais, a maioria decide. Em caso de empate, o réu é absolvido ou nas causas relativas à liberdade, declarado livre.

O juiz, quando o caso não lhe fôr claro (*non liquet*), não tem o dever de condenar ou de absolver. Nesta hipótese, dá-se a *translatio iudicii,* i. é, o juiz é substituído.

Como foi dito, a sentença condenatória consiste sempre numa quantia de dinheiro. Se o réu condenado não paga, é ausente ou revel, o autor que ganhou a lide, quer em seu proveito quer em proveito de todos os credores, obtém do pretor um decreto que ordena a imissão na posse dos bens do réu (*missio in bona rei servandae causa*). Decorrido o prazo de trinta dias, se o devedor não paga, o pretor nomeia um curador que, feito o inventário do patrimônio, a lista dos credores e a verificação dos títulos de cada um, pratica a venda dos bens (*venditio bonorum*) e divide o preço entre os credores. As fórmulas pretorianas permitem que o encarregado da venda se comporte como o próprio devedor [4].

Já foi mencionado que nas causas com peregrinos e fora de Roma (*iudicia imperio continentia*) a sentença produz o efeito consuntivo da *litis contestatio*, i. é, produz a *exceptio rei iudicatae,* com a qual o réu, chamado a juízo segunda vez em virtude da mesma relação jurídica, repele a ação do autor[5].

A sentença em princípio é definitiva. Durante o Principado é possível interpor apelação ao imperador. No período do Baixo Império a apelação é regulada mais particularmente.

§ 48 — Meios complementares do magistrado.

Vimos que os poderes do magistrado, no que diz respeito ao processo, são muito amplos, pois mediante a sua *iurisdictio*, podiam ser protegidas

1. D. 22. 3, 2.
2. D. 22, 3, 19 pr.; 44. 1. 1; 22. 3. 12.
3. Gai. 4, 53-59.
4. Gai, 4, 78-79; 4, 35.
5. Gai. 3, 181; 4, 103-109.

as mais variadas relações, ou também podia ser negado provimento às ações fundadas no *ius civile* antigo.

Além dêstes meios decorrentes da *iurisdictio* pretoriana, há outros meios de proteção jurídica derivados do poder de mandar (*imperium*) que tem o pretor. As formas mais interessantes, quer no ponto de vista processual, quer no substancial da proteção, que o pretor concede fora do âmbito da sua atividade, intervindo com seu império nas relações das partes, são as seguintes:

(I) Os *interdicta* [1]. Os interditos constituem um meio para garantir, com processo rápido, a proteção jurídica; têm caráter administrativo e visam manter as coisas no estado em que se achem tutelando assim a ordem pública e a paz social. O *interdictum* consta de uma ordem que o magistrado, a pedido dum particular, dirige a outra pessoa, impondo-lhe determinado procedimento, i. é, fazer ou não fazer algo. A diferença substancial entre as ações e os interditos é que o processo interdital, em princípio, não permite o exame da existência ou inexistência de um direito entre as partes, mas procura apenas manter o estado atual das coisas. Se a parte à qual é dirigido o interdito obedece, o interdito preenche imediatamente a sua função; no caso contrário segue-se um processo baseado na obrigação que as partes assumem de pagar uma quantia em dinheiro, a cargo de quem infringe o conteúdo da ordem interdital.

Os interditos distinguem-se em *prohibitoria*, que proibem um determinado comportamento; *restitutoria*, que mandam restituir algo ou restabelecer um estado anterior; *exhibitoria*, que ordenam exibição dum documento, duma coisa, duma pessoa.

Outra distinção dos interditos é a de *simplicia* e *duplicia*, conforme a ordem do pretor fôr dirigida ao adversário de quem pede o interdito ou a ambas as partes.

Particular interêsse tem a distinção dos interditos possessórios (*adipiscendae, retinendae, reciperandae possessionis causa*), dos quais trataremos com relação à posse. Os *interdicta utilia* são análogos às *actiones utiles*, i. é, ampliam pressupostos dos interditos já conhecidos. No curso do nosso estudo mencionaremos os interditos mais importantes.

No direito justinianeu os interditos se equiparam às ações, pois, desaparecendo o processo formular, a distinção entre meios baseados na *jurisdictio* ou no *imperium* do magistrado perdeu seu valor. Assim, o interdito se encara apenas como um meio rápido e sumário para eliminar as lides.

(II) *Stipulationes praetoriae* [2] são promessas orais e solenes que o magistrado manda fazer a uma das partes, às vêzes exigindo também fiadores. Dada sua função de garantia, se chamam também *cautiones*. A estipulação pretoriana deve ser formulada conforme o modêlo previsto no edito. O pretor assim, com a cooperação das partes que assumem

1. A exposição dos interditos nas Institutas de Gaio (4, 138-173) é muito pormenorizada.

2. D. 46, 5.

compromisso, protege interêsses merecedores de defesa ou evita um provável prejuízo desprovido de sanção. Se a parte recusa prestar a caução, o magistrado lhe paralisa a ação, ou impõe-lhe uma multa ou faculta à outra parte tomar como penhor os bens do adversário, chegando a tirar-lhe a posse. Dêsse tipo são a *cautio usufructuaria,* a *cautio rem pupilli salvam fore,* a *cautio iudicatum solvi,* a *cautio damni infecti.*

Mediante tais estipulações se criam obrigações legais, que encontram na praxe pretoriana sua primitiva origem. Uma vez realizada a fusão dos ordenamentos jurídicos, a garantia que as partes deviam prestar se encara como peculiar do instituto a que se aplica, de forma que os efeitos conseguidos pelo *imperium* pretoriano se apresentam como conseqüências inerentes à estrutura da relação jurídica assim protegida. O exemplo mais característico é oferecido pela *cautio damni infecti* (caução de dano iminente, pois, *in-fectum* é não-feito): é a garantia que o proprietário do edifício a ameaçar ruína devia prestar ao vizinho. A caução era imposta pelo magistrado *causa cognita,* i. é, tomando sumàriamente conhecimento do mérito; sucessivamente se considerou a *cautio* como se fôsse prestada (*fictio*), afirmando-se o princípio pelo qual, independentemente da promessa, qualquer dano proveniente da ruína do edifício vizinho deve ser indenizado.

(III) *Missiones in possessionem* [1]. Quando a parte recusa prestar a caução ou também em outros casos, para garantir os direitos alheios, o magistrado pode mandar que a guarda e a posse dos bens passe à outra parte, atribuindo-lhe um direito de penhor sôbre êles. O pretor chega a conceder mesmo a propriedade bonitária que, através do usucapião, origina o domínio de *ius civile.* Assim acontece na *missio legatorum servandorum* causa, que o legatário obtém, quando o herdeiro se recusou prestar garantia para a entrega de um legado deixado com prazo certo.

A *missio* pode ser relativa a uma coisa determinada; por exemplo, quando o pretor transfere à posse do vizinho o imóvel ameaçado de ruínas; ou também pode referir-se a todos os bens, por exemplo na *venditio bonorum.* No direito justinianeu as *missiones in possessionem* já não decorrem do poder do magistrado, mas diretamente da lei, em virtude da qual o juiz aplica essa providência.

(IV) *Restitutiones in integrum*[2]. O meio mais extraordinário de intervenção do pretor é o da restituição por inteiro. Tem o efeito de restituir as coisas ao estado anterior, anulando uma situação jurídica originada normalmente. A princípio as restituições eram concedidas conforme a espécie (*causa cognita*); mais tarde algumas se indicaram de modo geral no edito. O magistrado dava um despacho ou encarregava um juiz de averiguar se, no caso, a razão de restituir-se era fundada. Em seguida, se necessário, havia lugar para um *iudicium rescisorium* ou uma ação do tipo das *ficticiae.*

---

1. D. 42, 4, 1.
2. D. 4, 1, 3.

Encontramos contemplada no edito de forma geral a *restitutio in integrum quod metus causa*, em favor de quem praticou um ato jurídico por violência ou coação contra da parte; o êrro essencial e talvez também o dolo podem ser justas causas de restituição. Além disso, o edito concede uma *restitutio in integrum* a favor do ausente, por uma razão oficial (*absentia rei publicae causa*); e uma *restitutio in integrum* que aproveita ao menor de vinte e cinco anos, que praticou um ato jurídico desvantajoso para si[1]. Às vêzes, o pretor declara sem efeito, por direito pretoriano, um fato que de acôrdo com o *ius civile* teria originado consequências iníquas, como no caso de extinção de obrigações por *capitis deminutio*.

As *restitutiones in integrum* foram-se multiplicando durante o período imperial[2] e, com o desaparecimento da intervenção pretoriana, passam a derivar da lei.

§ 49 — A **extraordinaria cognitio.**

Durante o período em que vigorou o processo formular, havia casos em que o magistrado não se limitava ao exame da controvérsia *in iure*, mas tratava de tôda a lide, desde o início até o fim. Esta forma de processo, que era excepcional quanto ao rito ordinário (*ordo iudiciorum privatorum*), foi chamada *cognitio extra ordinem* ou *cognitio extraordinaria*. Era prescrita obrigatòriamente, quer em razão da matéria, quer em razão do território, quer também em razão do magistrado competente.

No I século d. C., tendo Augusto reconhecido os fideicomissos, as causas relativas a esta matéria são julgadas *extra ordinem* por um magistrado especial (*praetor fideicommissarius*); do mesmo modo se julgam as questões que interessam uma condição pessoal das partes (*praetor de liberalibus causis*); depois de Marco Aurélio, pertencem à *extraordinaria cognitio* as causas de prestação de alimentos, e as lides relativas aos honorários pelo exercício de profissão liberal.

Em razão do território há *extraordinaria cognitio* nas causas que se desenvolvem fora da jurisdição do pretor. No período imperial se multiplicam as magistraturas especiais e o magistrado aparece como um funcionário do imperador. Um órgão especial superintende a tutela (*praetor tutelaris*). O processo *extra ordinem* corresponde à diferente concepção do poder público no atinente à resolução das controvérsias entre particulares. Com Diocleciano a *extraordinaria cognitio* se torna o rito normal de tôdas as controvérsias entre particulares. No ano 342 uma constituição imperial declara formalmente abolido o processo formular[3].

---

1. Gai. 4, 57 in fine.
2. Gai. 2, 163; Inst. 3, 11, 5.
3. C. 2, 57, 1 Imp. Constantius.

No processo extraordinário já não há a distinção entre a fase *in iure* e a *in iudicio*. Não há portanto *litis contestatio*. Os efeitos desta se determinam pela exposição da controvérsia ao magistrado, ou pela *sententia* [1]. O magistrado intervém diretamente desde a petição inicial, que notifica o réu da obrigação de comparecer. A revelia se considera como menosprezo à autoridade pública e acarreta consequências prejudiciais para o réu.

Além disso, muitos institutos do processo formular, embora conservem a antiga denominação, ficam substancialmente alterados em seu valor. Assim as exceções, que eram partes da fórmula e podiam ser consideradas pelo juiz sòmente quando nela intercaladas, agora, já não havendo fórmulas, decorrem da iniciativa do réu que as opõe com base no sistema legal. A prática estabelece ordem nas exceções, das quais algumas devem ser opostas no início da lide, sob pena de preclusão.

Em virtude da fusão do *ius civile* e *honorarium* as ações úteis se tornam diretas; igualmente as ações *in factum* são civis. Desaparece substancialmente a distinção entre *iudicia bonae fidei* e *stricti iuris*, pois tôdas as ações são do primeiro tipo. Já não ha diferença, quanto ao direito substantivo, entre a ação extinta *ipso iure* ou apenas *exceptionis ope*.

Os meios de prova se regulam particularmente; a prova testemunhal perde o seu valor, em comparação com a prova escrita; o juramento às vêzes é exigido pelo próprio magistrado; constrói-se tôda uma série de presunções das quais o magistrado não pode prescindir.

A *sententia*, pronunciada pelo próprio magistrado, aparece como a expressão da vontade do Estado se contra ela se admitirem impugnações referidas às autoridades superiores. A condenação não é sempre numa quantia de dinheiro; o réu pode ser condenado *in ipsam rem* e a execução se realiza eventualmente com o auxílio da fôrça pública (*manu militari*).

Do ponto de vista histórico, o processo extraordinário constitui a primeira forma do processo moderno.

---

1. D. 44, 2, 3: *Exceptio rei iudicatae obstare, quotiens eadem quaestio inter easdem personas revocatur.*

PARTE ESPECIAL

I – FAMÍLIA, TUTELA E CURATELA

CAPÍTULO I

A FAMILÍA

§ 50 — Família e parentesco.

Direito de família é a parte do direito privado, que trata das relações familiares do indivíduo e, por conexão, das suas relações patrimoniais, na qualidade de membro de uma família. As várias relações se distinguem em tríplice série: a) as referentes ao pátrio poder; b) as referentes ao matrimônio; c) as referentes à tutela e à curatela.

No direito romano a matéria aparece como um complexo de normas relativas ao poder do *paterfamilias*, que, como vimos, é o único com a plena capacidade jurídica. O poder do *paterfamilias* tem caráter unitário e se funda em vínculos jurídicos que por princípio prescindem dos vínculos de sangue. Os Romanos o consideram peculiar à sua nação [1].

No decurso dos séculos assistimos à progressiva transformação do fundamento originário da *familia*, pela constante contraposição entre o liame do *ius civile* (*adgnatio*) e o liame natural ou do sangue (*cognatio*), que se afirma vitorioso na compilação de Justiniano, dando origem à família moderna.

A palavra *familia* tem diversos significados. Objetivamente indica uma parte do patrimônio (*familia pecuniaque*) e portanto em matéria de herança se identifica com patrimônio. Como organismo unificado na pessoa de um chefe, Ulpiano distingue[2]:

(a) *Familia communi iure*, i. é, em sentido lato, o conjunto de todos aquêles que estariam sujeitos à *patria potestas* ou à *manus* do mesmo chefe, se êste não houvesse morrido;

(b) *Familia proprio iure*, i. é, em sentido estrito, o organismo composto pelos indivíduos atualmente sujeitos à *patria potestas* ou à *manus* do mesmo *paterfamilias*.

O vínculo jurídico, subsistente entre os membros de uma família, ligados pelo sexo masculino se chama *adgnatio* ou também *civilis, legitima cognatio;* dizem-se *adgnati* entre si os membros da família em

---

1. Gai, 1, 55.

2. D. 50, 16, 195, 2 Ulp.: *Jure proprio familiam dicimus plures personas, quae sunt sub unius potestate aut natura aut iure subiectae.*

sentido lato e em sentido estrito [1]. Modernamente, o nome de família segue quase sempre a ordem agnatícia.

O vínculo de sangue que liga as pessoas descendentes do mesmo tronco ancestral se chama *cognatio* ou *naturalis cognatio* e são entre si *cognati* os que lhe estão ligados. Tal vínculo é reconhecido pelo *ius civile*, quando coincide com o da *adgnatio*.

O direito quiritário atribui efeitos apenas ao liame de agnação, assentando-se sôbre êle a sucessão ab intestato, quer legítima quer necessária, como também a delação da tutela. Apenas no concernente aos impedimentos matrimoniais o *ius civile*, influenciado pelo *fas*, tem em conta a *cognatio*. Pelo contrário o direito pretoriano regula a sucessão segundo o liame de parentesco natural e no direito justiniano o vínculo puramente civil não tem importância prática.

Os graus de parentesco civil se computam segundo o princípio *tot gradus quot generationes*. Em *linea recta* (ascendentes e descendentes) os graus se calculam subindo ou descendo entre as pessoas cuja relação se quer estabelecer; em *linea transversa*, i. é, colateral, de uma das duas pessoas cujo parentesco se deseja saber, sobe-se em linha reta até o tronco do ramo comum, e depois se desce à outra pessoa. Em ambos os casos não se conta o ponto de partida.

O liame subsistente entre um cônjuge e os parentes do outro chama-se *adfinitas*, afinidade. A relação pode ser graduada por analogia com o parentesco civil.

Vem-se a fazer parte da família *aut natura aut iure*.

(a) *Natura*. — Fazem parte da família pelo nascimento os filhos e os descendentes em linha reta até o infinito, gerados em núpcias legítimas pelo *paterfamilias* ou pelos seus descendentes masculinos.

(b) *Iure*. — Os atos jurídicos pelos quais se vem a fazer parte da *familia* são a *adoptio* e a *conventio in manum*.

§ 51 — Adrogatio, adoptio, conventio in manum.

A *adoptio* distingue-se em *adrogatio* e em *adoptio* em sentido estrito [2]. A *adrogatio* é o ato pelo qual se agrega a uma família quem é *paterfamilias* de outra, com todos os seus dependentes. Realizava-se antigamente perante o povo reunido nos comícios curiados, mas no período clássico se realizava perante os trinta litores, símbolo das cúrias. O ato importava a sujeição do *adrogatus* com tôda a sua família ao poder do *adrogator* e portanto a passagem de todo o patrimônio (ativo e passivo) de uma para outra família. A jurisdição do pretor permitiu aos credores do adrogado agirem contra êle, como se se não tivesse realizado a sujeição [3].

---

1. Gai. 1, 156. *Adgnati sunt per virilis sexus personas cognatione iuncti.*
2. Gai. 1, 97-107.
3. Gai. 4, 38.

A *adoptio* em sentido estrito possibilita que viesse a fazer parte da família o indivíduo sujeito a outra (*alieni iuris*). O ato realizava-se perante o magistrado mediante uma reivindicação simulada pelo adotante.

No direito clássico se discutia a respeito do requisito da idade para o cumprimento da *adoptio;* no direito justinianeu se exigiu que o adotante tivesse dezoito anos mais que o adotado.

Além disso Justiniano distinguiu a *adoptio plena*, quando feita por um ascendente materno ou, em geral, por um parente do adotando, da *adoptio minus plena*, se o adotante era estranho. Nesta última o adotado ficava sob o pátrio poder de seu pai, adquirindo o direito de sucessão do adotante.

Há, portanto, entre adrogação e adoção várias diferenças: a primeira diz respeito à pessoa *sui iuris,* ao passo que na segunda um sujeito *alieni iuris* continua a ser tal, mas em outra família; na adrogação se subordinam simultâneamente todos os dependentes do *paterfamilias* adrogado; o ato acarreta a subordinação apenas do adotado e não de seus filhos. Afinal é proibido fazer adrogação de um impúbere, a não ser prestando certas garantias, ao passo que a adoção pode recair sôbre uma pessoa púbere ou impúbere.

Com a *conventio in manum* veio a fazer parte da família a mulher do *paterfamilias* ou de um dos seus descendentes[1]. No primeiro caso está em lugar de filha (*filiae loco*); no segundo, de neta (*neptis loco*) com relação ao chefe. Verificava-se de três modos: — pela *confarreatio,* que era uma cerimônia religiosa na qual os cônjuges comiam juntos um pão de farinha de trigo (*farreum*); pela *coemptio*, compra fictícia (*mancipatio*) da mulher, por causa de matrimônio; pelo *usus*, aquisição da *manus* sôbre a mulher passado um ano. Os atos correspondentes e contrários (*diffarreatio, remancipatio e trinoctii usurpatio*) libertavam a mulher da *manus*. Em particular, a *trinoctii usurpatio* se verificava quando a mulher abandonava por três noites consecutivas a casa do marido. No período clássico, o primeiro dos três modos de *conventio in manum,* já não dava lugar aos efeitos civis da sujeição; a *coemptio* estava ainda em vigor, para o matrimônio, mas era usada pela mulher também para outros fins, como para mudar de tutor ou adquirir a capacidade de fazer testamento[2]; do uso não mais havia vestígios. Prepara-se assim a evolução pela qual o matrimônio não importa na sujeição da mulher à família do marido.

§ 52 — O poder do paterfamilias.

Como dissemos, o poder do *paterfamilias* tem conteúdo unitário no sentido de que abrange e unifica tôda a família romana com efeitos

---

1. Gai. 1, 108-115.
2. Gai. 1, 114.

pessoais e efeitos patrimoniais. Para os juristas romanos compreende: — a *patria potestas,* ou o poder sôbre os filhos e netos dos filhos masculinos; a *manus,* i. é, o poder sôbre as mulheres casadas com o mesmo *paterfamilias* ou com um seu descendente; o *mancipium*, ou o poder do *paterfamilias* sôbre as pessoas a êle vendidas como escravos (*in mancipio*); a *dominica potestas,* ou o poder sôbre os escravos [1]. Em matéria de direitos de família interessa-nos o poder do *paterfamilias* sôbre os filhos e as mulheres, que substancialmente é o mesmo.

Tal poder do *paterfamilias* tem um conteúdo pessoal e um conteúdo patrimonial, que no decurso do direito romano sofreram importantes modificações.

(a) Os poderes do *paterfamilias* sôbre os seus dependentes se resumem no *ius vitae ac necis,* no *ius exponendi,* no *ius vendendi* e no *ius noxae dandi*. Na verdade são tão extensos que não é possível uma completa enumeração.

O *ius vitae et necis* é o direito de vida e de morte sôbre as pessoas dependentes. Já nos tempos antigos o *paterfamilias* o exercitava sôbre os filhos em casos absolutamente excepcionais e costumava consultar prèviamente um *consilium domesticum* composto dos *adgnati* mais idosos. Em caso de abuso, o censor punia o *paterfamilias* aplicando a *nota censoria.*

Providências legislativas do período imperial limitam sempre mais êste poder desumano que na época cristã se transforma no *ius domesticae emendationis*, i. é, no poder de guiar e corrigir os filhos[2].

O *ius exponendi* é o poder de abandonar o filho infante. Há dúvida se no período mais remoto de Roma tal poder, no caso de filho aleijado e monstruoso, consistia em uma obrigação do *paterfamilias*. Parece todavia que o *ius exponendi* foi limitado; no período justinianeu a assitência às crianças abandonadas se tornou função de piedade pública.

O *ius vendendi*, i. é, o direito de vender as pessoas sujeitas a outro *paterfamilias* como escravos (*in mancipio*)[3]. Desde a Lei das XII Tábuas, apresenta grave limitação: o *paterfamilias* perde o poder sôbre os filhos se por três vêzes os vendeu — *si pater filium ter venum duit, filius a patre liber esto* [4]. No período pós-clássico o *ius vendendi* já não existe [5].

Na condição do filho vendido como escravo (*in mancipio*) está o dado *in noxam* pelo *paterfamilias*. Quando o filho comete um delito privado, o *paterfamilias* pode livrar-se do débito que lhe deriva do dano cometido pelo seu dependente, abandonando o culpado à parte lesada,

1. A *dominica potestas* pertence, no direito clássico, ao senhor por direito pretoriano, Gai. 1, 54-55; 2, 88; 3, 166; mas o adjetivo *dominica* não é usado pelos juristas romanos.

2. D. 48, 9, 5 Ulp.: ... *patria potestas in pietate debet, non atrocitate consistere*.

3. Gai. 1, 116, 138.

4. Gai. 1, 132.

5. Paul. 5, 1, 1.

operando a *noxae deditio* [1]. Êste poder sôbre os *filii familias* foi abolido por Justiniano[2].

Ulteriores poderes do *paterfamilias* são os de nomear o tutor por testamento aos filhos, casá-los e contrair por êles os esponsais. Mas, já no direito clássico e mais ainda no justinianeu, nestes últimos atos é necessária e se torna elemento principal a vontade do dependente. O *paterfamilias* pode enfim reivindicar os filhos e mulher de quem quer que os detenha injustamente; e além de uma ação para êste (*vindicatio filii aut uxoris*), goza de um interdito *de liberis* (*aut de uxore*) *exhibendis et ducendis,* como também da *actio furti.*

Na legislação do imperador Justiniano, por influência da ética cristã, se firmou o princípio pelo qual o exercício da *patria potestas in pietate consistere debet* [3].

(b) O princípio pelo qual o *paterfamilias* é a única pessoa capaz de direitos e obrigações do *ius civile* importa em que tôdas as aquisições feitas pelos dependentes, quer direitos reais, quer obrigações, pertencem ao chefe. Em seu benefício se reproduzem os efeitos vantajosos de qualquer ato realizado pelo *filiusfamilias* [4].

Mas, como aos escravos, o *paterfamilias* costuma conceder ao filho o gôzo e a livre administração de um *peculium,* i. é, de um pequeno patrimônio em dinheiro ou em coisas, do qual todavia fica sempre proprietário. Durante o período imperial, sobrevêm disposições em favor dos militares, pelas quais os soldados *filiifamilias* têm não só o gôzo, mas também a capacidade de dispor por testamento do *peculium castrense,* i. é, dos bens adquiridos no exercício da vida militar (sôldo, prêsa, donativos). Depois de Constantino, os mesmos direitos tem o *filiusfamilias* sôbre o *peculium quasi castrense,* constituído pelos bens que foram adquiridos no exercício de uma profissão ou cargo público; e sôbre os bens que obteve pela herança materna (*bona adventicia*) ou pelo matrimônio (*lucra nuptialia*) tem o filho a plena propriedade. Na idade justinianéia o *filiusfamilias* tem a capacidade patrimonial; e sôbre os bens que lhe pertencem o pai tem sòmente usufruto legal, tal como modernamente.

Conexas com o instituto do *peculium* são as ações que o pretor concede aos terceiros para os atos realizados pelo *filiusfamilias*, chamadas pelos intérpretes *actiones adiecticiae qualitatis* porque formuladas de modo que, justamente com o *filiusfamilias*, pode ser condenado o *paterfamilias* [5]. Tais — a *actio de peculio et de in rem verso,* na qual o *paterfamilias* responde pelas obrigações contraídas pelo filho dentro dos limites do pecúlio e até o montante da soma eventualmente

1. Gai. 4, 75.
2. Inst. 4, 8, 7.
3. D. 48, 9, 5.
4. Gai. 2, 86; 3, 163.
5. Gai. 4, 69-74.

trazida pelo filho para o patrimônio do pai; a *actio quod iussu*, que se exercita contra o *paterfamilias* que mandou ou consentiu que o filho fizesse um negócio; a *actio exercitoria* e a *actio institoria*, concedida ao terceiro contra o *paterfamilias* do preposto ao comércio marítimo (*exercitor navis*) e ao comércio terrestre, e que em tal qualidade contraíra obrigações[1]; a *actio tributoria*, com a qual os credores obtêm exatamente *pro rata o peculium do filiusfamilias* insolvente, que com êles contratou.

Dêste modo o conteúdo patrimonial dos poderes do *paterfamilias* desaparece e se delineia o princípio, vigente no direito moderno, da capacidade jurídica do filho familias. Êste obtém a capacidade de agir quando atinge a maioridade.

§ 53 — Aquisição e perda do poder de paterfamilias.

Quando vem a fazer parte de uma família o indivíduo cai sob o poder do chefe.

Em particular, por ocasião da morte dêste, no período mais antigo, os filhos se constituiam em uma comunhão inseparável, o chamado *consortium erctum non citum*[2]. Em época mais recente, porém anterior à Lei das XII Tábuas, após a morte do ascendente os filhos masculinos *singuli singulas familias incipiunt habere*[3] e cada um dêles se torna *paterfamilias*.

O *paterfamilias* adquire então o poder sôbre os filhos que gerou em *iustae nuptiae*[4] os quais até êsse momento haviam estado sujeitos ao avô; igualmente, adquire o poder sôbre as mulheres casadas *cum manu*, com êle ou com um filho.

Os filhos naturais não caem sob o poder do *paterfamilias*. No direito justinianeu, porém, se admite possam vir a fazer parte da família (legitimação) por subsequente matrimônio dos pais (*per subsequens matrimonium*), por concessão imperial (*per rescriptum principis*) ou por lhes ter o pai dado um patrimônio suficiente para o exercício do cargo gravoso de decurião, i. é, de membro do senado da cidade (*curia*) responsável pela cobrança dos impostos (legitimação *per oblationem curiae*).

A adrogação, a adopção e a *conventio in manum* originam o poder do *paterfamilias*.

Ao passo que modernamente o pai de famílias perde o pátrio poder sôbre os filhos, chegados à maioridade, no direito romano o *paterfamilias* perde o poder sôbre o grupo familiar sòmente pela morte. Para êstes

---

1. A ação exercitória foi estendida, no direito clássico, também ao caso do preposto ao comércio marítimo ser um estranho, i. é, nem escravo nem filho famílias (Gai. 4, 71); análoga extensão é atribuída a Papiniano in D. 14, 3, 19 pr. para a *actio institoria*.

2. Gai. 3, 154-a.

3. D. 50, 16, 195, 2 Ulp.

4. Gai. 1, 55.

efeitos à morte se equipara a *capitis deminutio* [1], em uma das suas três formas: — a *maxima*, pela qual o indivíduo se torna escravo, importa a perda de tôda capacidade; a *media* porque, desaparecendo a *civitas* romana, não mais pode subsistir um poder que é reconhecido pelo *ius civile*; a *minima* porque, mudando o *status familiae*, desaparece a relação de parentesco civil (*adgnatio*) sôbre que se funda o poder do *paterfamilias* [2].

Portanto, relativamente à *capitis deminutio minima*, se o *paterfamilias* é adrogado vem a perder o poder que lhe competia sôbre os dependentes. De outro lado verifica-se a perda da *patria potestas* sôbre os filhos dados em adoção, *in mancipium* ou *in noxam* ao chefe de outra família, e sôbre as filhas que, por ocasião do matrimônio, estão sujeitas a outro *paterfamilias* pela *conventio in manum*.

Merece aqui particular consideração a emancipação do *filiusfamilias*, após a qual o *paterfamilias* perde a *patria potestas* [3] e o filho se torna *sui iuris*.

Como se disse, a Lei das XII Tábuas punia, com a perda da *patria potestas*, o *paterfamilias* que por três vêzes houvesse vendido o filho como escravo. Assim o filho se tornava *sui iuris*. A antiga jurisprudência aconselhou que se utilizasse a norma legal para permitir ao *filiusfamilias* ficar independente da *patria potestas* e adquirir a plena capacidade. Para êste fim, o pai dava *in mancipium* o filho a um amigo de confiança (*mancipatio fiduciae causa*) o qual por duas vêzes seguidas o libertava do *mancipio*, caindo outra vez sob o pátrio poder. Na terceira *mancipatio* o filho, de acôrdo com a norma legal, estava livre (*ex mancipatione*) da *patria potestas*, permanecendo todavia *in mancipio* puramente formal do amigo. A fim de evitar que êste, liberando a pessoa do mancípio, como patrono, se tornasse sucessor legítimo do emancipado, depois da terceira mancipação feita pelo pai, o amigo remancipava o filho ao próprio pai, que, alforriando o filho do mancípio, adquiria os direitos de patronato (sucessão e, se impúbere, tutela do *parens manumissor*). Para os netos e as *filiaefamilias* bastava uma única mancipação. No Baixo Império, com o desaparecimento das formas solenes, o sistema caiu em desuso e foi substituído pela *emancipatio Anastasiana* (por concessão do imperador) e pela declaração do pai feita, com o consentimento do filho, perante o magistrado.

---

1. Gai. 1, 128 e 129.
2. Gai. 1, 159-162.
3. Gai. 1, 132-137 a.

Capítulo II

O CASAMENTO E SEUS EFEITOS

§ 54 — Matrimônio.

Enquanto nos tempos antigos o matrimônio aparece conexo com uma das formas de sujeição da mulher à família do marido (*conventio in manum*), no período clássico já se encontra delineado o seu conceito independente (*liberum matrimonium*). A definição, ainda referente ao matrimônio *cum manu*, põe em evidência a essência real do instituto: — *Nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio*[1]. Mas, no ponto de vista jurídico, ocorre ressaltar que o matrimônio romano difere profundamente do moderno, porque a sua existência não se reporta ao momento da solenidade inicial, i. é, à celebração na qual os nubentes declaram a sua vontade, não mais alterável, de ser marido e mulher, mas pressupõe como duradouros dois requisitos de fato: — a *affectio maritalis* e o *honor matrimonii*. Êstes dois requisitos estão em íntima relação mútua.

A *affectio maritalis* é o elemento subjetivo consistente na intenção contínua de ser marido e mulher; o *honor matrimonii* é o elemento objetivo concretizado em uma série de fatos exteriores inequívocos (coabitação, constituição de dote, posição social etc.), pelos quais se exterioriza essa intenção. A união estável do homem e da mulher, sem êstes requisitos, constitui o concubinato.

O matrimônio é geralmente precedido dos esponsais, que são a *mentio et repromissio nuptiarum futurarum*[2]. Tal promessa, no direito clássico, não obriga a contrair matrimônio; todavia gera efeitos jurídicos, como aquêle pelo qual é proibido o casamento entre noivos e respectivos parentes e é punido quem contrai outros esponsais. No direito pós-clássico os efeitos dos esponsais se vão multiplicando e assemelhando aos do matrimônio; com a *arrha sponsalicia*, garantia comum no mundo oriental, é

---

1. D. 23, 2, 1 Modest. A definição de Justiniano reza: *Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuam consuetudinem vitae continens* (Inst. 1, 9, 4).

2. D. 23, 1, 1 Florent.

violado o princípio repetidamente afirmado: *inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi*[1].

Os requisitos específicos e positivos para contrair matrimônio válido pelos *ius civile* (*iustae nuptiae*) resumem-se nos seguintes:

(a) Idoneidade física dos cônjuges, que coincide com o estado de puberdade: — doze anos para as mulheres e catorze para os homens. Os *castrati* não podem contrair matrimônio, como também os que não são fìsicamente desenvolvidos[2].

(b) A capacidade jurídica entre os sujeitos, i. é, o *connubium*, que desde a *lex Canuleia* (445 a. C.) foi reconhecida entre patrícios e plebeus e em seguida pertence a todos os *cives romani*. Os que não têm o *connubium*, mas são livres, contraem matrimônio não *iustum*, i. é, sem *manus* sôbre a mulher e sem *potestas* sôbre os filhos. Mas a relação se pode tornar posteriormente de direito civil[3].

(c) O consentimento. *Nuptias non concubitus, sed consensus facit*[4].

No período antigo, dada a formalidade da *conventio in manum*, que acompanha sempre o casamento, é preciso o consentimento dos respectivos *patresfamilias*, se os noivos são *alieni iuris*. Mais tarde o direito vai se modificando e se torna decisivo o consentimento dos noivos, que o manifestam desde logo e sem qualquer formalidade. A *lex Iulia et Papia* de Augusto, *favore matrimonii*, estabeleceu que o *paterfamilias* podia ser constrangido pelo magistrado a dar o consentimento recusado sem justa causa. A escrava manumitida, para casar, não pode recusar o consentimento.

Além disso, segundo o *ius civile*, não existe matrimônio[5]:

(a) se as pessoas estão ligadas por um precedente matrimônio: *neque eadem duobus nupta esse potest, neque idem duas uxores habere*[6]. A bigamia e a poligamia são punidas;

(b) se há relação de parentesco natural ou de adoção em linha reta ao infinito, pois entre tais pessoas não há *connubium*; em linha colateral até o terceiro grau (tio e sobrinha etc.) ou também a afinidade em primeiro grau (sogro e nora etc.)[7]. Na época cristã as proibições por motivo de parentesco se ampliaram, acrescentando-se-lhes as decorrentes de liames religiosos (padrinho e afilhada etc.) ou de confissão (cristãos e judeus);

---

1. D. 45, 1, 134 pr.
2. Cf. Gai. 1, 196.
3. Gai 1, 56-57. 76-77.
4. D. 50, 17, 30 Ulp.: *Nuptiae consistere non possunt nisi consentiant omnes: id est qui coeunt quorumque in potestate sunt.* D. 23, 2, 2 Paul.
5. Gai. 1, 58-64.
6. Gai. 1, 63.
7. Foi lícito casar com a filha do irmão depois que Claudio quis unir-se em matrimônio com Agripina (Tac. Ann. 12, 6 e 7); mas permanece a proibição quanto aos demais colaterais dos mesmos graus existente entre pessoas outras que não tio e filha de irmão; Gai. 1, 62. Constâncio restabeleceu a antiga regra acolhida depois por Justiniano, Inst. 1, 10, 3.

(c) por motivos morais, políticos e de oportunidade: é nulo ou é punido o matrimônio entre os que fazem parte da classe senatória e as libertas ou as mulheres de condição torpe[1]; entre magistrados e mulheres da província por êles administradas; entre o tutor e a pupila até à prestação das contas da gestão; entre adúlteros. É punido o matrimônio da viúva que não deixou transcorrer um ano a partir da morte do marido.

O direito romano em geral não reconhece efeitos ao matrimônio putativo; no direito clássico, porém, faltando o *connubium* entre os cônjuges, para obter que o filho caia sob o pátrio poder, pode-se provar que se casou acreditando que o cônjuge tivesse o *status* próprio. Provando o êrro, o outro cônjuge pode alcançar a cidadania, si não fôr da classe dos deditícios[2].

§ 55 — Efeitos do matrimônio.

Prescindindo do casamento *cum manu*, que teve por certo influência, o estado conjugal gera importantes conseqüências, quer pessoais, quanto aos cônjuges e filhos, quer patrimoniais, apenas quanto aos cônjuges.

(a) A *materfamilias* assume a posição social e o domicílio do marido. É-lhe subordinada, deve-lhe fidelidade e é punida por adúltera. Quanto às coisas subtraídas ao marido, êste não pode intentar a *actio furti, quia societas vitae quodammodo dominam eam faceret*[3]. Na época cristã, a *reverentia* devida entre cônjuges inspira a proibição de intentarem ações penais e infamantes um contra o outro.

A legislação imperial impõe a obrigação de alimentos entre cônjuges.

No atinente à filiação, os filhos nascidos de matrimônio do *ius civile* são *iusti*[4], se não vieram à luz antes de cento e oitenta e dois dias das núpcias, ou depois de trezentos dias da dissolução do casamento. Presume-se que *pater is est, quem nuptiae demonstrant*[5]. A questão da legitimidade interessa principalmente em matéria de sucessão, onde a presunção do estado de filho legítimo é admitida até prova em contrário. O filho legítimo cai sob a *patria potestas* do pai, se êste é *sui iuris;* do avô, se o pai é *alieni iuris*. Quando o matrimônio é não *iustum,* os filhos são ligados à família do pai apenas pelo vínculo natural da *cognatio*. Um senatusconsulto do tempo de Adriano estabeleceu que, mesmo não havendo *connubium* entre uma cidadã romana e um peregrino, o nascido é filho legítimo do pai segundo o direito peregrino.

---

1. Ulp. 13.
2. Gai. 1, 66-75. 87, 15. 26; 2, 142. 143; 3, 5.
3. D. 25, 2, 1 Paul.
4. Gai. 1, 55; *Liberi naturales* são os filhos legítimos em contraposição aos adotivos.
5. D. 2, 4, 5 Paul.

Os filhos nascidos fora do matrimônio são *spurii* ou *vulgo quaesiti*. A partir de Constantino podem ser legitimados, segundo os modos já indicados; por influência do Cristianismo, os filhos naturais têm direito aos alimentos e a uma quota parte da sucessão legítima. Dela são sempre excluídos os filhos adulterinos e incestuosos.

(b) O regime patrimonial entre cônjuges em Roma não é da comunhão de bens, mas o dotal. Dada sua importância no mundo romano e sua evolução no direito clássico e justinianeu, o instituto do dote merece uma exposição particular, que se fará mais adiante. Cumpre observar que a exposição falta nas Institutas de Gaio[1]. Aqui basta lembrar que nos *matrimonia cum manu*, se a mulher fôr *sui iuris*, o patrimônio não dotal que ela traz passa para propriedade exclusiva do marido; se fôr *alieni iuris*, a mulher não traz nenhum patrimônio porque não tem nada de seu, e, além disso, mudando de *familia*, fica excluída da sucessão da família de origem. Esta é a razão pela qual o pai costuma constituir em seu favor o dote. No matrimônio *sine manu* a mulher *sui iuris* continua proprietária, e os seus bens podem ser administrados por ela mesma, por um procurador ou pelo marido. Êstes bens se chamam *parafernais*.

§ 56 — Dissolução do matrimônio.

As causas de dissolução do matrimônio são: o divórcio, a morte, e a perda do *connubium*.

(a) Da concepção romana de matrimônio, como relação determinada por um acôrdo continuado entre os cônjuges, decorre o cessar da vida conjugal cessando a intenção de ser marido e mulher; daí resulta a dissolução do matrimônio. Um ajuste afim de excluí-la como também uma cláusula penal são nulos[2].

Quando a dissolução deriva da vontade de um dos cônjuges, temos o *repudium*: quando a vontade é bilateral, se dá o *divortium*. No casamento *cum manu* é possível o repúdio por parte do marido apenas praticado pela forma solene contrária à que criou o poder sôbre a mulher (*diffarreatio*, no casamento pela confarreação; *mancipatio*, no pela *coemptio*). No casamento *sine manu* a princípio não se exigem formas especiais, mas sòmente o propósito firme e continuado de se separar e também a efetiva separação, em que se concretiza êsse propósito. Enquanto a rigorosa moralidade e os sãos costumes dominaram em Roma, o divórcio foi socialmente reprovado. As leis demográficas de Augusto impuseram algumas formalidades para o tornarem mais difícil; mas nem sequer os imperadores cristãos, que em face do preceito evangélico não viam com bons olhos o instituto, conseguiram eliminá-lo, pois lhe era

---

1. Entretanto, cf. Gai. 1, 178, 180; 2, 63; 3, 35 a, 125; 4, 44, 62, 151.
2. C. 8, 38, 2 Alexandre (ano 223 d. C.).

absolutamente conatural ao conceito romano de matrimônio. Justiniano distinguia (a) *divortium ex iusta causa*, que é um repúdio em casos determinados pela lei, implicando graves sanções a cargo do culpado; (b) *divortium sine causa,* punido mas válido; (c) *divortium ex communi consensu*, que é vedado; (d) *divortium bona gratia,* que é determinado pelo voto de castidade de um dos cônjuges e não acarreta nenhuma sanção[1].

(b) O matrimônio naturalmente se dissolve pela morte de um dos cônjuges. À morte equipara-se a *capitis deminutio maxima,* i. é, a perda da liberdade; com efeito, com escravo não pode haver matrimônio, mas *contubernium.* Como foi dito, em caso de cativeiro na guerra, no concernente ao matrimônio, não vigora o instituto do *postliminium*, que interessa apenas às relações de direito e não às de fato, como o casamento: o retornado da *captivitas* deve instaurar de nôvo os dois elementos de fato do matrimônio.

(c) A perda do *connubium* decorre da *capitis deminutio media,* i. é, a perda da cidadania romana. Importa na cessação dos efeitos de *ius civile,* do matrimônio. O *connubium* perde-se recìprocamente pela mudança de condição social; p. ex., quando o marido de uma liberta é nomeado senador; o matrimônio contraído precedentemente se anula em virtude da proibição da lei (*lex Iulia et Papia* de Augusto)[2].

§ 57 — O dote.

O dote é o conjunto de bens que a mulher, ou outrem por ela, traz ao marido para êste sustentar os ônus do matrimônio (*ad sustinenda onera matrimonii*). Um texto diz: *ibi dos esse debet, ubi onera matrimonii sunt*[3].

Quando constituído pelo *paterfamilias* da mulher, o dote chama-se *dos profecticia;* quando pelos parentes dela ou por ela mesma, *dos adventicia*[4]. Diz-se *dos recepticia* o dote que se deve restituir a quem o constituiu e *dos aestimata,* quando os bens foram avaliados em dinheiro, no ato da constituição.

Por influência da regulamentação do matrimônio *cum manu,* os bens dotais passam a ser propriedade do marido. Mas, desde o período

---

1. O sucessor de Justiniano restituiu validade ao *divortium ex communi consensu.*

2. Dos impedimentos matrimoniais estabelecidos pelas leis de Augusto decorre na Roma imperial a freqüência do concubinato, espécie de casamento de mão esquerda (*inaequale coniugium*). A legislação do Baixo Império vai reconhecer efeitos jurídicos ao concubinato, a fim de transformá-lo em casamento. Quando isso não fôr possível, o concubinato se reprime.

3. D. 23, 3, 56, 1 Paul.

4. Ulp. 6, 3.

republicano vai se desenhando uma corrente pela qual, do ponto de vista econômico, o dote se considera *res uxoria*, i. é, da mulher. Os escândalos dos freqüentes divórcios facilitam o desenvolvimento do princípio jurídico pelo qual *quamvis in bonis mariti dos sit, mulieris tamen est* [1]. Assim, do ponto de vista jurídico, a propriedade do dote é do marido, mas os seus poderes são limitados pelo direito; e dissolvendo-se o matrimônio tem que restituir os bens dotais.

Com efeito, para evitar que, com a dissolução do matrimônio, o marido lucrasse os bens dotais, o constituinte do dote costumava exigir-lhe garantias para sua restituição, mediante estipulações apropriadas (*cautiones, stipulationes rei uxoriae*); o pretor reconheceu esta praxe e mais tarde prescindiu da existência de estipulação, concedendo em qualquer caso a restituição, mediante o *iudicium rei uxoriae* — Os jurisconsultos negavam pudesse o marido intentar a *actio furti* contra a mulher, que, depois da dissolução do casamento, tivesse sonegado bens dotais; contra ela o pretor deu a *actio rerum amotarum*, que não leva à *infamia* e importa uma condenação dentro dos limites do enriquecimento. Além disso a *lex Iulia de fundo dotali* de 18 a. C. proibiu a alienação ou a hipoteca do prédio dotal itálico sem o consentimento da mulher[2]. Acelera-se assim a evolução paralela do aspecto unitário da *familia* romana.

O dote pode-se constituir antes ou depois do casamento; pode também acrescentar-se depois do casamento.

São modos de constituição do dote [3]:

(I) A *dotis datio*, consistente na efetiva entrega dos bens ao marido, mediante o ato necessário a operar a transferência da propriedade (*mancipatio, in iure cessio, traditio,* segundo a natureza dos bens);

(II) A *dotis dictio* é a promessa unilateral, perfeita *verbis,* i. é, com a prolação de determinadas palavras solenes. A promessa gera uma relação obrigacional a cargo do constituinte do dote. No direito justinianeu já não há vestígios do instituto.

(III) A *dotis promissio* consta duma *stipulatio,* em virtude da qual o constituinte do dote se obriga a transferir os bens posteriormente. Êsse ato substituiu a *dotis dictio,* na compilação de Justiniano.

Se houve *dos aestimata,* i. é, se os bens foram avaliados em dinheiro (coisa fungível), o marido torna-se devedor do preço, correndo, como numa venda, todos os riscos por conta dêle [4].

O regime dotal romano se inspira em *favor dotis,* pois *interest rei publicae mulieres dotes salvas habere, propter quas nubere*

---

1. D. 23, 3, 75 Tryphon.
2. Gai. 2, 63.
3. Ulp. 6, 1.
4. D. 20, 4, 9, 3 Afric.

possint[1]. É discutível se o dever social de dotar a filha pode considerar-se uma obrigação natural do pai.

Resoluto o matrimônio, a restituição da *dos recepticia* se fará em qualquer caso ao constituinte. Morrendo o marido, os bens dotais ficam com a mulher; por sua morte seus herdeiros têm direito a exigí-los, o que se pode conseguir, no direito clássico, mediante a *actio ex stipulatu*, se houve a respectiva *stipulatio;* o cônjuge será condenado a pagar rigorosamente a quantia indicada na estipulação. Quando anteriormente não houve estipulação, pode intentar-se a *actio rei uxoriae*, que leva a um julgamento equitativo: o marido retém a *dos adventicia*, se o matrimônio não se dissolveu por divórcio; o cônjuge tem uma *retentio propter impensas*, i. é, pode reter a coisa até que o autor lhe pague as benfeitorias feitas com que enriqueceu os bens dotais; tem uma *retentio propter liberos*, para a manutenção dos filhos; em fim, desconta o que a mulher subtraiu ao dote (*retentio propter res amotas*). Se o divórcio foi por culpa da mulher, o marido tem uma *retentio propter mores*. Em todo caso não pode reter além da metade do dote, nem ser condenado a pagar além dos limites do patrimônio, i. e, goza do chamado *beneficium competentiae*, devendo pagar apenas *id quod facere potest*.

Na legislação justinianéia as duas ações clássicas, *actio ex stipulatu* e *actio rei uxoriae* se encontram fundidas na *actio ex stipulatu*, chamada também *actio de dote*. Tem caráter equitativo e cabe não sòmente a quem precedentemente fêz a *stipulatio*, mas a quem quer que constitui o dote; além disso a ação é transmissível ativa e passivamente. O processo de transformação se consumou: o marido já não é proprietário, mas sòmente usufrutuário dos bens dotais, como no direito moderno. Quem constituiu o dote tem sôbre os bens do marido hipoteca tácita, que legalmente garante a restituição dotal.

§ 58 — Doações entre cônjuges e doações nupciais.

Dada sua estrutura jurídica, o casamento romano podia dissolver-se com grande facilidade. Até que hábitos mais sãos, no ponto de vista social, e a *conventio in manum*, no ponto de vista de fato, opusessem impedimentos à dissolução do matrimônio, em Roma não houve a preocupação de o marido divorciado lograr os bens da mulher. Pelos fins da República, porém, tornando-se os divórcios mui freqüentes, por motivos morais, o costume introduziu a proibição das doações entre cônjuges. Assim é justificada a proibição: *Maiores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt; amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam coniunctorum consulentes, ne concordia pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret,*

1. D. 23, 3, 2 Paul.

deterior ditior fieret[1]. Sanção da proibição é a nulidade do ato jurídico que reveste a doação. Mas a jurisprudência a limitou aos casos em que havia efetivo enriquecimento do donatário. Demais disso não são nulas as doações cuja eficácia é subordinada à dissolução do casamento, como as doações entre cônjuges *mortis causa*. Um senatusconsulto proposto no ano 206 por Severo e Caracala estabeleceu a validade das doações entre cônjuges, se o doador morrer sem revogá-las. Válidos também são os pequenos presentes ocasionais e as doações que não acarretam enriquecimento do donatário, como a de um escravo para que seja manumitido[2].

A proibição não se aplicava porém às doações anteriores ao casamento (*donatio propter nuptias*); por outro lado, as doações nupciais eram de uso freqüente nos países gregos, onde o noivo costumava fazer à noiva presentes correspondentes à metade do dote.

No período pós-clássico a doação nupcial foi considerada dote, e como tal Justiniano a regulou. A *donatio* podia ser acrescentada depois da celebração do casamento; a mulher podia mesmo exigi-la no caso de o patrimônio do marido ameaçar insolvência, para garantir-se a restituição do dote.

---

1. D. 24, 1, 3 Ulp. Provàvelmente decorre da proibição a chamada *praesumptio Muciana*, segundo a qual tudo o que a mulher adquiriu durante o casamento se presume recebido do marido (D. 24, 1, 51).

2. Ulp. 7, 1.

Capítulo III

TUTELA E CURATELA

§ 59 — Semelhanças e diferenças entre tutela e curatela.

A tutela e a curatela são institutos de origem diferente, mas pertencem ambos aos direitos de família, pois importam um poder no interêsse da família e dos seus membros. No direito romano a tutela acarreta um verdadeiro poder de que goza o titular; a curatela constitui um poder que se amolda e desenvolve segundo o poder familiar, mas com fins precìpuamente patrimoniais.

A contraposição entre os dois institutos exprime o brocardo vulgar: *tutor datur personae, curator rei;* que porém, tomado literalmente, é falso porque também o *curator* é nomeado para uma pessoa.

Na essência, a tutela implica a total subordinação do pupilo ao tutor, encarando-se como um substituto da *patria potestas* sôbre o sujeito, que, ainda impúbere, é *sui iuris;* a curatela visa apenas o aspecto patrimonial dos interêsses do sujeito.

No curso da evolução da tutela e da curatela, de par com a contínua transformação da família romana, assistimos a uma constante assimilação entre os dois institutos, que no direito justinianeu e no moderno aparecem por igual orientados no interêsse do sujeito e não da sua família. Entre os dois institutos há várias semelhanças e diferenças: *a*) O mesmo magistrado trata da tutela e da curatela; o tutor e o curador têm obrigação de aceitar o cargo e para êles há iguais motivos de excusa; a *actio negotiorum gestorum* diz respeito a ambos. *b*) Mas tutela e curatela concernem a diferentes classes de pessoas; o tutor não pode nomear-se por ato especial, como geralmente se dá com o curador; êste, afinal, não pode ser testamentário.

§ 60 — Tutela e suas espécies.

O jurisconsulto republicano Sérvio Sulpício define: *Tutela est vis ac potestas in capite libero, ad tuendum eum qui propter aetatem se defendere nequit, iure civili data ac permissa*[1]. A definição põe

1. D. 26, 1, 1 pr. Paul.; Inst. 1, 13, 1.

em relêvo o poder (*vis ac potestas*) do tutor, mas não abrange os diversos tipos de tutela [1]. No concernente ao sujeito passivo, são:

(I) *Tutela impuberum.* Como dissemos, pela morte do *paterfamilias* todos os filhos sujeitos ao seu poder se tornam *sui iuris* e adquirem a capacidade jurídica. Se isso acontecer quando ainda o filho é impúbere, mister é providenciar-se para que, no interêsse da família, alguém exerça um poder sôbre êle suprindo-lhe e integrando-lhe a vontade deficiente. Quem tem tal poder chama-se *tutor*, tutor; o impúbere *sui iuris* sujeito à tutela chama-se *pupillus,* pupilo.

Segundo o modo de nomeação do tutor distinguimos a *tutela testamentária,* a *legítima* e a *dativa.*

Tutor testamentarius é o nomeado para o filho impúbere, no testamento do *paterfamilias.* Podem ser tutores testamentários sòmente os que têm a *testamentifactio passiva.* O tutor testamentário, no direito clássico, pode renunciar ao cargo. O tutor nomeado num testamento nulo ou num codicilo não confirmado pode ser confirmado pelo magistrado. Sucessivamente se admite um tutor nomeado para o filho emancipado; ou nomeado pela mãe ou por um estranho que institua herdeiro o pupilo.

Tutor legitimus [2] é o nomeado, segundo o disposto na Lei das XII Tábuas: quando faltar a designação do tutor testamentário, a *potestas* sôbre o impúbere *sui iuris* cabe aos agnados (*tutela adgnatorum*) e aos *gentiles,* com a sucessão ab intestato. Semelhantemente, são tutores legítimos do liberto impúbere o *patronus* e seus filhos; ou também quem recebeu em mancipação um *filiusfamilias* (*tutor fiduciarius*), cujo paterfamilias depois morreu. No direito justinianeu a tutela legítima pertence aos parentes de sangue.

Tutor dativus segundo Justiniano [3] é o tutor escolhido pelo magistrado em falta de tutor testamentário e legítimo. Da instituição do tutor nomeado pelo magistrado, que remonta ao tempo da República (*lex Atilia* em Roma: *tutor Atilianus; leges Julia et Titia* nas províncias) [4] decorre o início da transformação da tutela num *munus* e, mais tarde, num *onus,* do qual o escolhido pode excusar-se, segundo um complicado sistema, posteriormente estendido à tutela testamentária e à legítima.

A *tutela impuberum* acaba quando o pupilo chega à puberdade (12 anos para as mulheres, 14 para os homens), pela morte do tutor ou do pupilo, pela *capitis deminutio* (quanto à tutela legítima) que rompe o vínculo de *agnatio.* O tutor infiel pode ser removido.

---

1. Gai. 1, 188.
2. Gai. 1, 155 segs.
3. Gaio usa o têrmo quer para o tutor testamentário (1, 144-145-155) quer para o tutor nomeado pelo magistrado (Gai. 1, 185).
4. Gai. 1, 186.

(II) *Tutela mulierum.* A mulher *sui iuris,* i. é, sem ascendentes masculinos nem subordinada pelo matrimônio *cum manu* ao chefe de outra família, está sujeita, desde os tempos mais remotos, ao tutor que lhe foi imposto ou dado a escolher (*tutor optivus*) pelo testamento de um agnato ou do marido. A mulher portanto está sob *tutela perpetua.* São isentas as vestais e, durante o Principado, as mulheres que têm três filhos, se ingênuas, e quatro, se libertas (*ius liberorum*). Na verdade, tal tutela não tem nenhum fundamento natural [1] e por isso sofre um processo de involução e tende a desaparecer. No tempo de Claudio é abolida a tutela legítima das mulheres ingênuas. No direito justinianeu já não há vestígios do instituto.

§ 61 — Poderes e responsabilidades do tutor.

No direito clássico, os poderes do tutor sôbre o pupilo se resumem em duas funções, a *auctoritas* e a *gestio.*

(a) *Auctoritatem interponere* significa prestar a sua cooperação para integrar a deficiente vontade do pupillo, que pretende praticar um ato jurídico relativo ao seu patrimônio. A *auctoritas* é prestada pessoalmente no momento da realização do ato. Sem tal assistência, o pupilo pode apenas praticar atos que melhorem sua situação econômica. De nenhum modo pode fazer testamento ou contrair matrimônio. Justiniano ensina [2]: "A intervenção dos tutores em certos casos é necessária aos pupilos, em outros não, por ex.: se estipulam que alguma coisa lhes seja dada, não é necessária a intervenção do tutor; ao contrário, se os pupilos prometem alguma coisa a outrem, é necessária a intervenção. Porque lhes é permitido melhorar a sua condição, mas não podem piorá-la. Daí concluir-se que nos casos em que há obrigações recíprocas, nas vendas, nas locações, nos mandatos, nos depósitos, se não houver a intervenção do tutor, os que contratam com o pupilo se obrigam, mas o pupilo não fica obrigado para com êles".

(b) *Negotia gerere* significa gerir os negócios. Quando o pupilo é *infans,* i. é, até 7 anos, não é suficiente a *auctoritas* para lhe suprir a vontade. O mesmo se dá no caso de ausência do pupilo. Mediante a *gestio,* o tutor administra os negócios do pupilo como se fôssem próprios, assumindo para si as obrigações e semelhantemente para si adquirindo qualquer direito. O *ius civile,* com efeito, não conhecia sequer representação legal; mas o pretor mais tarde foi concedendo em desfavor ou em favor do pupilo púbere uma série de ações úteis nas quais a condenação era diretamente a cargo ou em favor dos que tinham contratado com o tutor.

---

1. Gai. 1, 190; 1, 144.
2. Inst. 1, 21 pr.

Ao lado desta forma de representação havia o meio de direito civil, possível nos atos jurídicos, que não deviam praticar-se pessoalmente, de o tutor dar ordem a um escravo do pupilo de realizar um negócio. Pois o escravo adquiria para seu dono e, assim, o pupilo gozava diretamente os efeitos do ato de seu escravo.

A princípio, conforme o caráter originário da tutela, os poderes do tutor sôbre os bens do pupilo não têm limite: pode mesmo vendê-los de própria iniciativa. Mas no Principado foi baixado um senatusconsulto (*oratio Severi* de 195) vedando a alienação dos imóveis rurais e suburbanos. Durante Constantino é necessária a outorga judicial para vender os imóveis e as coisas móveis preciosas; Justiniano a exige também para o emprêgo de capitais.

O tutor da mulher não tem a *gestio*, mas apenas presta sua assistência interpondo a *auctoritas* quando a mulher deva alienar uma coisa *mancipi*, adir a herança, fazer testamento, manumissões ou em geral praticar um ato de *ius civile*[1].

Ao iniciar o seu cargo, o tutor legítimo costumava prestar *cautio* ou *stipulatio*, em virtude da qual se obrigava a bem administrar os negócios do pupilo (*cautio rem pupilli salvam fore*). A caução, que se tornou obrigatória durante o Principado, influiu no conceito da *tutela*, transformando-a em instituto no interêsse do pupilo e seu patrimônio.

O tutor é responsável pela gestão. Desde a Lei das XII Tábuas se conhecem as duas sanções seguintes:

I) O *crimen suspecti tutoris*: delito de que qualquer pode acusar o tutor testamentário, para se conseguir a destituição[2]. A condenação acarreta a *infamia*. No direito justinianeu a *postulatio suspecti tutoris* se pode intentar contra qualquer espécie de tutor. Há *infamia* em caso de dolo.

II) A *actio rationibus distrahendis*, i. é, a ação para a separação das contas, intentada contra o tutor legítimo, subtrator dos bens do pupilo; acarreta condenação determinada pelo dôbro do valor dêles. No direito justinianeu é proposta contra qualquer tutor; e de ação penal se transformou em *mixta*, i. é, visa recuperar os bens e perseguir a multa.

Ao lado destas duas ações especiais, no fim da República se introduzia outro remédio de caráter mais geral, i. é,

III) a *actio tutelae*. A ação é proposta pelo próprio pupilo ao fim da tutela. É de boa fé e acarreta a *infamia do condenado*, o qual a princípio sendo responsável apenas pelo dolo, o foi mais tarde também por não consagrar aos negócios do pupilo os cuidados que dispensava aos seus próprios interêsses (*culpa in concreto*).

---

1. Gai. 2, 83; 3, 107.
2. Gai, 1, 182.

No direito justinianeu o pupilo tem hipoteca legal sôbre os bens do tutor para garantia de seus créditos.

Mediante o *iudicium contrarium* da *actio tutelae* e mediante a *actio negotiorum gestorum contraria,* o tutor fazia valer contra o pupilo, tornado púbere, as pretensões decorrentes da gestão da tutela.

§ 62 — **Curatela.**

Nas suas origens, o instituto da curatela visa o interêsse comum da família, protegendo o patrimônio de pessoa em determinada condição de incapacidade natural. Conhecem-se vários tipos de *cura,* dos quais apenas alguns importam gestão geral dos bens pertencentes a um sujeito de direitos.

(a) *Cura furiosi.* Conforme o disposto da Lei das XII Tábuas, se o indivíduo que por ocasião da morte do *paterfamilias* se torna *sui iuris,* fôr louco, o *adgnado* mais próximo lhe administrará o patrimônio. Na falta do agnado a curatela cabe aos *gentiles.* Quando o louco sarar, a curatela se extingue; no intervalo lúcido apenas se suspende.

(b) *Cura prodigi.* Aos agnados de quem desbarata os seus bens, a Lei das XII Tábuas confiava a gestão do patrimônio familiar. A pedido dêles o pretor pronunciava a interdição do pródigo, cuja posição é assimilada à do *furiosus.*

(c) *Cura minorum* XXV *annorum.* Depois da lei *Plaetoria,* do início do II século a. C., e dos meios concedidos pelo pretor em favor dos púberes menores de vinte e cinco anos (*exceptio e restitutio in integrum propter minorem aetatem*), costumou-se fazer intervir na conclusão dos atos por aquêles praticados uma pessoa que, com sua presença, impedisse de o menor ser enganado; assim ficava excluída a impugnação do ato por parte do próprio menor. Depois de Marco Aurélio a *cura minorum* assumiu caráter estável assimilando-se e amoldando-se à regulamentação da *tutela impuberum.*

Os varões de 20 anos e as mulheres de 18, depois de Constantino, podem eximir-se da curatela mediante a *venia aetatis.*

O curador é responsável pela sua administração, mediante a *actio negotiorum gestorum;* a ação é *directa* quando proposta contra êle; *contraria,* quando intentada pelo curador contra o menor que se tornou capaz. No direito justinianeu há contra o curador um juízo especial *curationis iudicium.*

Outros tipos de *curatores* particulares são: o *curator ventris,* nomeado para garantir os bens do nascituro chamado a suceder; os diferentes *curatores bonorum* que administram os bens do prisioneiro de guerra, do ausente por motivo oficial, do devedor insolvente que, para evitar a *infamia,* cedeu os bens (*bonorum cessio*) aos credores; enfim o curador da herança ainda não adida pelo *heres voluntarius* (*hereditas iacens*).

II — A POSSE E OS DIREITOS REAIS

Capítulo I

A POSSE

§ 63 — Fundamento e conceito.

Os bens materiais, úteis econômicamente, têm em geral um proprietário que lhes aufere as vantagens. Existem na verdade também coisas sem dono (*res nullius*), mas não se pode negar que estas, em tempos de civilização adiantada, constituam a exceção. Se p. ex., encontrarmos um automóvel numa praça ou na estrada, nunca suporemos que seja uma *res nullius:* o proprietário poderá tê-lo deixado por um momento estacionado ou também um ladrão tê-lo ocultado. Porém, tanto o proprietário como o ladrão, que nas mesmas circunstâncias de lugar encontrarmos ao volante, a nós, que não conhecemos a placa do carro, se nos apresentarão ambos como legìtimamente gozando das utilidades do mesmo.

O direito, conforme o seu escopo de garantir a paz social, levando em conta a presunção de legitimidade, baseada no fato de um indivíduo estar na hipótese, ao volante do carro, protege quem se encontra em tal situação contra qualquer que queira tirá-lo daí. Isto significa que o direito protege o possuidor da coisa, prescindindo de indagar se tem ou não direito (propriedade) sôbre ela. Com efeito, externamente o possuidor nos aparece como proprietário.

Do que foi dito resulta claro o conceito de posse e o fundamento da sua proteção. Savigny sustentou que a posse é tutelada para assegurar a paz social; Jhering, que o é porque constitui a exteriorização da propriedade. As duas explicações não são totalmente inconciliáveis.

Na verdade, na linguagem vulgar, as palavras posse e propriedade, como também possuidor e proprietário, são usadas indiferentemente. Mas do ponto de vista jurídico, os dois conceitos são mui distintos; até as fontes chegam a afirmar que a posse nada tem de comum com a propriedade: *nihil commune habet proprietas cum possessione*[1] e que o conceito de posse deve ser separado do de propriedade: *separata esse debet possessio a proprietate*[2].

---

1. D. 41, 2, 12, 1, Ulp. 41, 2, 5: *Nec possessio et proprietas misceri debent.*

2. D. 43, 17, 1, 2 Ulp.: *Huius autem interdicti proponendi causa haec fuit quod separata esse debet possessio a proprietate: fieri etenim potest, ut alter possessor sit, dominus non sit, alter dominus quidem sit, possessor vero non sit, ut et possessor idem et dominus sit.* D. 41, 2, 3, 5: *In summa possessionis nom multum interest, juste quis an injuste possideat.*

Em geral, entende-se por posse o poder físico, (material, de fato), sôbre uma coisa corpórea[1], distinto e separado do poder jurídico (propriedade) sôbre ela. A posse é um poder de fato sôbre uma coisa corpórea. A posse é um fato ou um direito respectivamente, conforme se considere o problema da sua existência ou das suas consequências: D. 41, 2, 49 pr.: *Plurimum ex iure possessio mutuatur.* § 1: *Possessio non tantum corporis sed et juris est.*

Normalmente, o proprietário tem, além do poder jurídico, também o material sôbre a coisa. Como titular do poder jurídico, pode jurìdicamente aliená-la, hipotecá-la, legá-la por testamento, como o que exerce o poder material poderá pôr o seu relógio no bôlso, entrar na própria casa, em suma, dispor de fato da coisa. Mas pode acontecer que o proprietário não tenha êste último poder de fato, que está com outra pessoa. Assim p. ex., se o relógio lhe fôr furtado, o proprietário não deixa de o ser, mas evidentemente já não poderá metê-lo no bôlso; se alguém possui uma casa, o proprietário poderá sempre vendê-la e hipotecá-la, i. é, exercer o seu poder jurídico sôbre a coisa, mas já não poderá entrar nela à vontade, como, ao contrário, poderá fazer o possuidor.

Nos exemplos dados, o poder material sôbre a coisa é distinto e separado do poder jurídico sôbre ela: quem furtou o relógio, o ladrão, tem a posse do relógio; quem está na casa sem ser proprietário, tem a posse da mesma.

§ 64 — Elementos e espécies de posse.

Como dissemos, a posse é uma relação de fato protegida pelo direito. Nos tempos primitivos a posse se chama *usus*. A palavra *possessio* deriva de *potis sedeo,* i. é, "sento senhor", pois o possuidor se comporta fìsicamente para com a coisa como senhor[2].

O conceito de posse foi submetido a uma finíssima análise pelos jurisconsultos romanos. Reconhecem na posse dois elementos de fato:

a) Um elemento objetivo, i. é, o poder físico e material sôbre a coisa, *possidere corpore,* chamado abreviadamente pelos intérpretes *corpus;*

b) Um elemento subjetivo, i. é, a intenção, a vontade de ter a coisa, *possidere animo,* denominada mais simplesmente *animus.*

Da análise dêstes dois elementos e segundo os efeitos que o direito reconhece à relação de fato, os romanos distinguem vários tipos de posse:

(I) *Possessio naturalis,* chamada também *possessio corpore:* é a simples detenção da coisa, a mera relação de fato com ela. O possuidor natural dispõe fìsicamente da coisa e a sua intenção de tê-la não vai além

1. *Naturalis facultas rei insistendi animo sibi habendi,* Melo, *Inst. Jur. Civ. Lus.,* 3, 2, 5.

2. D. 41, 2, 1 pr. Paul.: *Possessio appellata est, ut et Labeo ait, a sedibus quasi positio, quia naturaliter tenetur ab eo qui ei insistit, quam Graeci* katochén *dicunt.*

da simples vontade de não a abandonar (*animus detinendi*). O locatário, o depositário, o comodatário, o usufrutuário, que detêm a coisa em lugar do proprietário, têm só a *possessio naturalis*. Jhering identifica a *possessio romana* com a *possessio naturalis;* o código civil brasileiro acolheu essencialmente esta doutrina.

(II) *Possessio* ou também *possessio ad interdicta* é a relação de fato constituída pela detenção material da coisa (*possessio naturalis*) com a intenção de tê-la para si (*animus rem sibi habendi*). Chama-se *possessio ad interdicta* pela proteção que lhe concede o pretor mediante os interditos. Savigny diz ser êste o conceito romano de *possessio*, identificando o ânimo do possuidor com o *animus domini:* a vontade do possuidor deve ser a mesma da do proprietário, i. é, a de ser plenamente senhor da coisa e dela dispor para os seus fins[1].

Há casos todavia em que, embora falte o *animus domini*, o pretor tutela a relação de fato. São os casos excepcionais do credor pignoratício, do sequestrário, do precarista, os quais têm também a coisa em lugar do proprietário. Na teoria de Jhering êstes casos evidentemente não constituem exceção, pois entram no conceito da posse como detenção material. A doutrina moderna tenta explicar històricamente estas exceções, observando que, no desenvolvimento do direito, romano, assistimos à progressiva extensão da proteção possessória. Os três casos referidos seriam os primeiros em que a proteção possessória foi concedida, não obstante a falta do *animus domini*. E na verdade, no direito moderno quase se prescinde de tal elemento e fala-se de proteção possessória só pela aparência de direito.

(III) *Possessio civilis* é a relação de fato com a intenção de ter a coisa para si (*possessio ad interdicta*) e, além disso, baseada numa justa causa capaz pelo *ius civile* de operar a transferência da propriedade. Tem êste nome por acarretar conseqüências de direito civil, como por exemplo, a aquisição da propriedade no decurso do tempo (*possessio ad usucapionem*). A *possessio civilis* é a *possessio bonae fidei* que nos últimos tempos do desenvolvimento do direito clássico se identifica com a propriedade pretoriana.

Nas fontes a terminologia da *possessio* não é rigorosamente seguida; parece que os compiladores justinianeus chamaram *possessio civilis* à posse protegida pelos interditos.

Costuma-se empregar a expressão *possessio iusta* para indicar a posse não obtida violenta, clandestina ou precàriamente (*nec vi nec clam nec precario*), em relação ao adversário, num interdito possessório (*exceptio vitiosae possessionis*)[2].

---

1. Os textos sôbre os quais se apoia a teoria de Savigny são: D. 13, 7, 37 e D. 41, 2, 1, 20, ambos de Paulo. Jhering os considera como opinião pessoal do jurisconsulto, não acolhida pela jurisprudência romana.

2. Gai. 4, 151. Às vêzes *iusta possessio* indica a posse de boa fé, Gai. 2, 95.

§ 65 — Aquisição e perda da posse.

Adquire-se a posse quando concorrem os seus dois elementos constituintes: *apiscimur possessionem corpore et animo; neque per se animo aut per se corpore*[1].

Os Sabinianos afirmam que a aquisição da posse, além do *animus*, exige a apreensão material, mesmo quando a coisa já esteja com o adquirente por fôrça duma precedente relação de detenção (comodato, depósito, locação); segundo os Proculianos nestes casos a aquisição dá-se *solo animo*.

A princípio o *corpus* deve manifestar-se na apreensão material da coisa, i. é, o tomar nas mãos a coisa móvel, ou entrar no prédio pisando-lhe uma parte qualquer. Porém o elemento material a pouco e pouco se vai espiritualizando. No comêço é suficiente a caça ter caído numa armadilha para o caçador lhe adquirir a posse; basta depois um símbolo da coisa para se entender que se tenha o poder de dispor da mesma. Veremos nos casos de *traditio ficta* muitas aplicações da espiritualização do *corpus*.

Uma vez que é necessário o *animus*, qualquer que seja, a posse não pode ser adquirida por quem dorme, como por exemplo se se lhe põe na mão uma coisa durante o sono; e nem o louco ou o menor, que não têm vontade, podem adquirir a posse; mas o pupilo que tem *intellectus* a adquire sem *auctoritas do tutor*[2].

Pode adquirir-se a posse por meio de representantes, existindo então o *corpus* por outrem que detém a coisa em lugar do que tem o *animus* de possuí-la. No início o *paterfamilias* adquiria a posse por meio do filho ou do escravo, que aparecem como instrumentos da sua vontade[3]; mais tarde, a posse pode ser adquirida por meio de um procurador[4] e finalmente, por meio de qualquer estranho (*per liberam personam*), que efetive com a apreensão a vontade de possuir a coisa[5].

Tratando-se duma relação de fato, a posse finda com a morte e com a prisão na guerra do possuidor. No que respeita à coisa, a posse acaba se deixa de estar no comércio ou perde sua individualidade jurídica, como no caso de acessão ou de especificação. Mas em geral se perde a posse quando intervém um fato que altere um dos elementos constitutivos: o *animus* ou o *corpus*.

---

1. D. 41, 2, 3, 1 Paul.
2. D. 41, 2, 1, 3 Paul.; D. 41, 2, 32, 2 Paul.
3. Gai. 2, 89; 94. Porém era controverso se o *paterfamilias* podia adquirir a posse por meio de pessoas *não possuídas*, como a mulher *in manu*, as pessoas *in mancipio*, os escravos em usufruto, Gai. 2, 90; 94.
4. Gai. 2, 95; D. 41, 1 ,13; D. 41, 3, 41 Nerat.
5. C. 7, 32, 1 Severo e Caracala (ano 196); D. 13, 7, 11, 6 Ulp.

Excepcionalmente a posse se conserva *nudo animo*, no caso dos terrenos destinados a pastagens hibernais ou estivais (*saltus hiberni et aestivi*), cujo possuidor não deixa de o ser na restante parte do ano, em que se afastou dêles. Segundo os Proculianos o ausente sempre continua a possuir, a não ser que tenha renunciado à sua posse e por isso não já haja o *animus*. Do mesmo modo o senhor conserva a posse do escravo fugitivo. No direito moderno êstes casos se multiplicaram.

Não é suficiente, para mudar o tipo de posse, que se modifique o *animus* do possuidor. Desde os tempos primitivos se afirma que *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*[1]; i. é, o simples detentor não pode transformar-se em possuidor *ad interdicta* mudando apenas a intenção (de *animus detinendi* em *animus rem sibi habendi*); ou também o possuidor *ad interdicta* não pode por sua iniciativa transformar-se em possuidor *civilis*. O princípio é fundamental em matéria de usucapião.

§ 66 — Proteção da posse.

A posse é protegida por meio dos *interdicta*, que, como sabemos, são ordens expedidas pelos magistrados a requerimento dum particular, contra outro, impondo-lhe um certo comportamento. Quem obtém o interdito não tem direito sôbre a coisa; e assim o possuidor não tem a correspondente *actio*. Não tendo a ordem do magistrado sido executada pela outra parte, propõe-se a demanda e o juiz deverá apenas averiguar se os exatos têrmos da ordem interdital foram infringidos. Pois na ordem não havendo referência ao direito dos litigantes, mas simplesmente à sua situação de fato, não interfere o juízo petitório e o possuidor pode ganhar mesmo contra o proprietário.

Os interditos possessórios distinguem-se segundo seu fim em[2]: (a) *Interdicta adipiscendae possessionis*, que visam fazer adquirir a posse a alguém que já não a tem. Assim, êles não protegem pròpriamente a posse, mas um título a possuir, como por ex. o que tem o credor pignoratício ou o beneficiário de coisa a êle deixada por ato de última vontade. (b) *Interdicta retinendae possessionis*, que têm o escopo de manter o estado de possuidor, protegendo-o contra qualquer turbação. No direito clássico êste tipo de interditos servia para preparar os processos de reivindicação, pois o vencedor, conservando a posse, na *reivindicatio* tinha a posição de réu, com tôdas as vantagens relativas.[3] (c) *Interdicta reciperandae possessionis*, que conduzem à reaquisição da posse perdida. A denominação de cada interdito decorre geralmente das palavras com que se inicia a ordem pretoriana.

---

1. D. 41, 2, 3, 19 Paul.
2. Gai. 4, 143.
3. Gai. 4, 148; D. 43, 17, 1, 3 Ulp.

Os mais importantes interditos para a proteção de posse são:

Interdictum uti possidetis. É um interdito *retinendae possessionis causa* e tem o fim de proteger quem se encontra na posse dum imóvel. Vence quem, no momento da expedição do interdito, possua *nec vi nec clam nec precario* em face do adversário. Assim reza: *Uti nunc eas, aedes, quibus de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero possidetis, quo minus ita possideatis, vim fieri veto*[1].

Interdictum utrubi é análogo ao *interdictum uti possidetis,* mas se refere a móveis. Nêle porém não vence quem é possuidor do móvel no momento da expedição do interdito, mas quem o possui por maior espaço de tempo no decurso do ano anterior. As palavras da ordem são as seguintes: *Utrubi vestrum hic homo, quo de agitur, nec vi nec clam nec precario ab altero fuit, apud quem maiore parte huiusce anni fuit, quo minus is eum ducat, vim fieri veto*[2].

Justiniano aboliu a diferença entre os dois interditos[3] e por isso o interdito *utrubi* no direito justinianeu perdeu a sua razão de ser. É do tipo *retinendae possessionis,* mas pode preencher também a função de fazer recuperar a posse.

Interdictum de precario obtido contra quem recebeu um imóvel por concessão graciosa e não queira restituí-lo a quem fêz a concessão. É do tipo *reciperandae possessionis causa.*

Interdictum de vi, pressupõe o esbulho violento da posse dum imóvel. Pode ser proposto dentro de um ano a partir do momento em que se sofreu a violência. Quem a praticou vence, se demonstrar que o possuidor antagonista possuia, *vi, clam* ou *precario.* É do tipo *reciperandae possessionis.*

Interdictum de vi armata, que se aplica quando a *deiectio* é realizada a mão armada. Pode ser proposto dentro de um ano. O autor da violência deve restituir a coisa ao antagonista, mesmo se êste a possuia viciosamente.

Justiniano fundiu os dois interditos de *vi* e *de vi armata* no único interdito *unde vi,* pelo qual a restituição era sempre devida no caso de violência.

§ 67 — Posse de direitos.

Definindo a posse como um poder físico sôbre uma coisa corpórea, excluímos em princípio, possam constituir objeto de posse as *res incor-*

1. Gai. 4, 160; D. 43, 17, 1 pr. Ulp.
2. D. 43, 31, 1 pr. Ulp.; Gai. 4, 150, 160.
3. Inst. 4, 15, 4.

porales, i. é, os direitos: *possideri autem possunt quae sunt corporalia*[1]. E assim não é possível possuir um direito de servidão ou de crédito, por exemplo.

Conceptualmente, porém, assim como quem dispõe de fato de uma coisa corpórea é protegido, independentemente da questão do direito que possa ter sôbre tal coisa, do mesmo modo é concebível uma proteção análoga para quem exerce um certo direito, independentemente de se saber se êste direito na verdade lhe assiste.

Com efeito, o pretor, mediante numerosos interditos, veio a reconhecer o exercício de fato de um direito real e o protegeu com meios análogos aos que vigoravam para a posse verdadeira. Assim se constrói o instituto da posse dos direitos (*possessio iuris*), chamada também *quasi possessio.*

A *quasi posse* aparece nas servidões, sendo protegida por vários interditos (*de itinere actuque privato, de aqua cotidiana et aestiva, de fonte* etc.) quem delas goze; do mesmo modo no usufruto, cujo gôzo protegido, independentemente do título, era indicado no interdito correspondente, com as palavras iniciais *uti fruemini* e não *uti possidetis;* na superfície, em que quem a fruir pode obter o interdito de *supeficiebus* contra quem lhe perturbe o exercício ilegìtimanente.

Não há dúvida que os próprios clássicos consideram algumas destas relações de fato, protegidas independentemente do direito de quem as tem, como uma *quasi possessio*[2] e denominaram os interditos correspondentes, quasi possessórios (*veluti possessoria*).

Admitida a *quasi possessio* é possível usucapir direitos (usucapião de servidões, extinção das mesmas por não uso), fazer entrega dêles (*quasi traditio*), de forma que o regime das coisas incorpóreas se assimila ao das corpóreas.

Com o decurso do tempo, os institutos da posse e da quase-posse se vão assemelhando. Mas Justiniano não chega a conseguir que a posse se exerça sôbre direitos que não sejam reais. No direito moderno, no caso dos títulos de crédito, a posse do documento importa a legitimação para exercer o direito de obrigação, pois o crédito está materializado na escrita; fala-se também de posse de estado para indicar o gôzo de fato de um estado pessoal (de filho, cônjuge etc.); no direito romano, esta terminologia (por ex., *possessio civitatis*) é excepcional.

---

1. D. 41, 2, 3 pr. Paul.
2. Gai. 4, 139.

Capítulo II

A PROPRIEDADE

§ 68 — A propriedade.

Falta-nos uma definição romana da propriedade. Deriva dos intérpretes da Idade Média a que diz: *ius utendi, fruendi et abutendi,* o direito de usar, fruir e de abusar da coisa. Pode-se definir a propriedade como o poder mais geral, atual ou potencial sôbre a coisa.

Trata-se de um poder jurídico (*dominium*) coexistente ou não com o poder de fato (*possessio*). Como já se disse, é concebível o poder de fato distinto do jurídico; a posse é distinta da propriedade.

O domínio exerce-se diretamente sôbre a coisa na sua totalidade; e os poderes do proprietário são tão extensos que só é possível determiná-los negativamente, i. é, indicando o que não lhe é permitido fazer, na ordem jurídica.

Os romanos afirmam a relação de absoluta sujeição da coisa ao dono, com a frase, *res mea est,* a coisa é minha. Assim, a propriedade não se considera como um direito, *res incorporalis,* mas se identifica com a própria coisa corpórea.

O poder é atual ou potencial, pois ou é efetivamente exercido na sua máxima extensão sôbre a coisa, ou, embora limitado por vínculos estranhos, conserva a possibilidade de estender-se de modo absoluto. Isto se dá quando a coisa, que já constituiu objeto de direito real de outrem, se torna livre. O fenômeno se explica pela elasticidade do domínio.

Costuma-se dizer que o dono exerce seu direito *usque ad sidera et ad inferos;* i. é, a propriedade do solo abrange a de tudo aquilo que lhe está na superfície (*superficies*) ou no subsolo, em tôda a altura e em tôda a profundidade.

Pode ser objeto de propriedade qualquer coisa corpórea. Os romanos não conhecem o direito de propriedade sôbre bens incorpóreos (propriedade literária, científica, artística).

O conceito justinianeu de propriedade correspondente ao moderno, resulta da fusão das várias espécies de domínio que, no decurso dos séculos, no evolver do direito romano, coexistiram exercendo recíproca influência.

As várias espécies de propriedade romana são as seguintes:

(I) *Dominium ex iure Quiritium:* é a propriedade reconhecida pelo *ius civile*, não limitada pela ordem jurídica pròpriamente dita. As restrições estranhas à vontade do dono, quer derivadas das relações de vizinhança, quer impostas em razão do interêsse público, são mui raras e excepcionais. O domínio por direito dos Quirites só cabe a cidadãos romanos; a princípio se exerce apenas sôbre coisas *mancipi*, e portanto pode-se adquirir só em virtude de um modo de aquisição reconhecido hábil pelo *ius civile* (*mancipatio, in iure cessio*). É protegido pela *rei vindicatio.*

(II) A propriedade provincial[1] é o uso e o gôzo, quase sem limitações, de terrenos pertencentes ao Estado romano, como ocupação de guerra. Diferença-se do *dominium ex iure Quritium* por importar o pagamento de um tributo anual ao Estado. Quando o imperador Diocleciano (292 d. C.) abroga a distinção entre terrenos itálicos, isentos de tributo, e terrenos provinciais, a propriedade dos *agri vectigales* equipara-se para todos os efeitos à quiritária.

(III) A propriedade pretoriana ou domínio bonitário (*in bonis habere*)[2] se desenvolveu pela jurisdição do pretor, que protegia o adquirente duma *res mancipi* contra quem não a tinha transferido mediante o ato formal, hábil a operar a transferência reconhecida pelo *ius civile.* Do mesmo modo, o pretor protegia o adquirente do que não era dono por *ius civile* (peregrino), mas só por direito pretoriano. A possível *reivindicatio* do *dominus ex iure Quiritium* era repelida pela *exceptio rei venditae et traditae.* Mais tarde, por meio da *actio publiciana* concedida pelo pretor, o adquirente podia reivindicar a coisa recebida também contra terceiros, fingindo-se que tivesse decorrido o tempo necessário a usucapir a coisa, e assim tornava-se dono por direito dos Quirites[3].

Com o desaparecimento da distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi* e a fusão do sistema civil com o pretoriano, o *in bonis habere* foi qualificado por Justiniano como *dominium.*

Por direito justinianeu, a propriedade importa uma série de limitações no interêsse coletivo; além disso, por influência dos princípios cristãos o dono pode exercer seu direito enquanto não lesar o direito alheio e dentro dos limites em que descubra qualquer utilidade própria.

§ 69 — Limitações legais da propriedade.

A elasticidade do conceito de propriedade permite restrições ao direito potencial absoluto do proprietário. Elas podem ser ditadas em razão do interêsse público ou privado e ser impostas pela moral e pela autoridade pública ou pela autoridade jurisdicional.

---

1. Gai. 2, 7; 2, 21; 2, 27; 2, 31; 2, 46.
2. Gai. 1, 54; 2, 40, 2, 88; 3, 166.
3. Gai. 4, 36.

(a) Quando as restrições têm sanção moral ou pública, dão-se as limitações indiretas ao conceito jurídico da propriedade. As restrições atuam especialmente sôbre o poder do proprietário de escravos, que o costume tende sempre a abrandar; são indiretamente corroboradas pelo censor que inscreve na última classe dos cidadãos (*aerarii*) os que deixam inculto o terreno próprio ou não cuidam dos animais próprios. Tais sanções evidentemente não atingem a natureza do *dominium*, ilimitado e absoluto em princípio; mas por certo constituem meios práticos de impedir o proprietário de exercer os seus poderes sôbre a coisa, sem consideração com o interêsse público e coletivo.

(b) As limitações da propriedade, tornadas obrigatórias pela autoridade jurisdicional do magistrado, podem considerar-se nas restritivas em geral do exercício de um direito (proibição dos atos emulatórios, *chicanas*) e nas reguladoras da auto-defesa privada. Em particular, no concernente à propriedade dos terrenos, várias limitações estabelece a lei que determina as distâncias entre os terrenos e os edifícios, e regula as relações de vizinhança entre os donos de prédios confinantes.

Já no direito primitivo foi estabelecido que entre os prédios rústicos devia existir um espaço livre de cinco pés (*limes*); o mesmo entre prédios urbanos (*ambitus*). Conforme o desenvolvimento das construções citadinas, as distâncias legais entre os edifícios e a faculdade de rasgar janelas ou aberturas para a luz variaram muito no decurso dos séculos. Especialmente se multiplicaram no período do Baixo Império contra o princípio originário de que todo proprietário tem o poder de as rasgar, dando para o terreno do vizinho, e de fechar e obstruir com as suas construções as janelas do mesmo.

O critério geral e clássico que se aplica às relações de vizinhança é o pelo qual cada proprietário *in suo hactenus facere licet, quatenus nihil in alienum immittat*[1], i. é, o proprietário pode fazer no terreno próprio tudo o que queira desde que não atinja o terreno vizinho. Devem-se todavia tolerar as imissões derivadas do uso normal, que varia naturalmente segundo a consciência social dos tempos.

Especiais limitações existem em matéria de águas, em razão do interêsse agrícola que implicam (*actio aquae pluviae arcendae*).

No que respeita às árvores limítrofes, o vizinho deve suportar no terreno seu a invasão dos ramos das árvores alheias, se se elevarem a mais de quinze pés. Quando de altura inferior, o proprietário do terreno invadido pode cortar-lhe os ramos; mas é responsável pelo *actio de arboribus succisis* se os cortou além dos limites consentidos. Os frutos caídos no terreno vizinho pertencem por direito romano ao proprietário da árvore, que o pretor, com o *interdictum de glande legenda*, autoriza a ir recolher, dia sim e dia não.

A respeito da propriedade da superfície e da coluna de ar sôbre o terreno, como também relativamente à propriedade do subsolo, as limi-

---

1. D. 8, 5, 8, 5 Ulp.

tações ao poder do proprietário do terreno surgem no fim do período clássico e se multiplicam no direito justinianeu.

§ 70 — Co-propriedade.

Quando um direito pertence a duas ou mais pessoas, o direito moderno as considera em comunhão jurídica. Se a comunhão se verificou independentemente da vontade dos sujeitos, temos a comunhão acidental (*communio incidens*); dêste tipo é a comunhão entre co-herdeiros, a que se dá na invenção comum de um tesouro, na confusão de limites, nos casos de *confusio e commixtio* independentes da vontade dos donos do que se mistura. Quando deriva da vontade e do acôrdo das partes, verifica-se a sociedade (*societas*). Havendo comunhão de uma coisa corpórea, i. é, quando o direito de propriedade sôbre ela cabe a várias pessoas, há condomínio. No direito romano o condomínio é chamado *communio* e cada condômino, *socius*, ou mais geralmente, *dominus*.

Muito controvertida é a construção teórica do condomínio. Alguns sustentam que cada consorte é dono da coisa inteira, sendo seu direito limitado pela concurrência do dos demais; outros julgam que o condômino é proprietário apenas da parte indivisa, quer concebida idealmente, quer encarada como parte material ainda não determinada. Não falta quem negue se trate de propriedade, sustentando ser o condomínio um direito diferente, embora análogo.

Dado o conceito romano da propriedade, que confere um poder exclusivo ao dono, os juristas afirmam que *duorum quidem in solidum dominium... esse non posse*,[1] i. é, não se concebe que a mesma coisa pertença por inteiro (*in solidum*), a uma pluralidade de pessoas; por outro lado, em face da necessidade prática de regular as relações entre diversos donos, os jurisconsultos introduzem uma série de exceções a êsse princípio, inspiradas no conceito oposto, pelo qual cabe ao condômino a propriedade duma parte ideal da coisa (*pro indiviso*). A regulamentação do condomínio romano pode-se pois esquematizar conforme as normas decorrentes de um ou de outro princípio, as quais se integram e se equilibram juntamente.

(a) O condômino é proprietário da coisa tôda. No *consortium erctum non citum*, a forma mais antiga de comunhão acidental entre co-herdeiros, cada filho com a morte do *paterfamilias* tem a faculdade de alienar tôda a coisa comum[2]. Essa faculdade pode impedir-se pelo *ius prohibendi* dos outros condôminos, que podem se opor ao ato[3]. O

1. D. 13, 6, 5, 15 Ulp. — D. 41, 2, 3, 5: *Plures eamdem rem in solidum possidere non possunt. Contra naturam quippe est, ut cum ego aliquid teneam, te quoque id tenere videaris.*

2. Gai. 3, 154 b.

3. D. 10, 3, 28 Pap.: *Sabinus ait in re communi neminem dominorum iure facere quicquam invito altero posse. Unde manifestum est prohibendi ius esse: in re enim pari potiorem causam esse prohibentis constat.*

ius prohibendi não se deve confundir com o consentimento prévio, que na verdade é contrário ao princípio do direito integral de cada um.

Se o condômino renuncia ao seu direito, êste é absorvido pelo dos outros que, dado seu caráter exclusivo, se amplia em virtude de sua elasticidade (*ius adcrescendi*). No período clássico o direito de acrescer parece que só vigora para a co-propriedade dos escravos e em matéria de comunhão hereditária.

(b) O condômino é proprietário da parte ideal da coisa. Pode alienar e gravar tal parte; mas os atos jurídicos, que atinjam a coisa comum no seu todo, quando é indivisível o direito que êles constituem (servidão), não são válidos se não intervier o consentimento prévio de todos os condôminos.

No desenvolvimento histórico do conceito de condomínio aparece com evidência que da propriedade exclusiva de cada consorte se passou à propriedade recìprocamente limitada pelas exigências dos outros condôminos.

Desde que a comunhão é *mater rixarum*, afirma-se que *nemo invitus compellitur ad communionem*[1], i. é, ninguém pode ser constrangido a permanecer em comunhão contra sua vontade. A faculdade de exigir a divisão pode ser limitada só temporàriamente; em nenhum caso pode excluir-se.

Os consortes têm a *actio pro socio* para regular mùtuamente direitos e deveres decorrentes da comunhão.

A divisão judicial se obtém mediante a *actio communi dividundo*. Tratando-se de comunhão hereditária aplica-se a *actio familiae erciscundae*. Exercida a ação, um *arbiter*, conforme a natureza dos bens comuns, ou atribui uma parte determinada dêles, como objeto exclusivo de propriedade de cada condômino, ou atribui por inteiro a coisa a um dos condôminos, fixando a quantia que cabe a cada um dos outros. Trata-se de um *iudicium bonae fidei, duplex*, pois a fórmula não distingue o autor do réu.

Diferentemente do que se verifica no direito moderno, a divisão das partes (*adiudicatio*) pelo árbitro é atributiva da propriedade e não declaratória, i. é, o proprietário da parte atribuída pelo juiz se considera proprietário exclusivo da mesma, não desde o início da comunhão, mas exatamente desde a divisão feita pelo juiz. Por consequência, todos os atos dispositivos praticados pelo condômino durante a comunhão, sôbre uma parte, que depois na divisão não lhe coube, não têm nenhum valor. Além disso, no direito romano, a partilha judicial é título de aquisição da propriedade.

1. D. 12, 6, 26, 4 Ulp.
2. D. 10, 2, 2, 3.

§ 71 — Modos de aquisição da propriedade.

O direito reconhece a alguns fatos jurídicos a virtude de gerar o direito de propriedade. Tais fatos se denominam modos de aquisição da propriedade. Embora levem em geral à aquisição de qualquer direito, merecem particular distinção quando geram um direito real.

A *mancipatio* e a *in iure cessio*, que como sabemos são atos jurídicos conducentes à aquisição de direitos, são modos de aquisição da propriedade. Cumpre frisar que o contrato, acôrdo de vontades, em direito romano, como no direito brasileiro, não tem eficácia para determinar a aquisição da propriedade ou de qualquer outro direito real, pois produz sòmente a atribuição de um crédito, e respectivamente, a assunção de uma obrigação por parte dos sujeitos, e não nos faz adquirir um direito absoluto e exclusivo sôbre uma coisa e o qual se afirme em face de todos (*erga omnes*). A herança e o legado levam à aquisição da propriedade, mas sua ilustração é matéria do direito das sucessões.

Nas Instituições de Gaio[1], os modos de aquisição da propriedade são conexos com os de alienação, os quais se classificam em modos do *ius civile* e do *ius naturale*, o direito natural baseado na *naturalis ratio* do *ius gentium*. A distinção, no comêço, tinha grande importância prática, pois, dada a classificação fundamental das coisas, a alienação e a aquisição das *res mancipi* era válida, por *ius civile*, só se realizada por um dos atos do *ius civile*, que como sabemos, podiam ser praticados ùnicamente por cidadãos romanos.

Justiniano conserva esta classificação dos atos aquisitivos pelo *ius civile* e pelo *ius gentium*[2]; entretanto já não tem valor efetivo, por ter sido abolida a distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi*, haverem desaparecido as formas de aquisição do *ius civile*, a *mancipatio* e a *in iure cessio*, e todos os habitantes do Império serem considerados cidadãos romanos.

Há outras classificações dos modos de aquisição: voluntários, judiciais e legais; baseados na posse ou não; a título particular (singular) ou universal. Esta última distinção é importante especialmente no direito das sucessões, pois o *heres* adquire a herança em seu conjunto.

Modernamente os modos de aquisição da propriedade se classificam em originários e derivados. Nos primeiros quem adquire, nenhuma relação tem com qualquer proprietário precedente, que lhe justifique a aquisição, e portanto a propriedade se adquire de modo autônomo e independente; os segundos são baseados numa relação jurídica entre o adquirente e o antigo proprietário e a coisa se adquire com os direitos e os ônus que a carregavam nas mãos do precedente proprietário. São modos originários de aquisição: a ocupação, o tesouro ou invenção, a acessão, a especificação, a aquisição originária dos frutos e, de certo modo, o usucapião.

---

1. Gai. 2, 65.
2. Inst. 2, 1, 11.

Modos derivados: a *mancipatio*, a in *iure cessio* e a *traditio*. Há enfim a aquisição *ex lege*, quando disposições especiais de lei diretamente estabelecem a aquisição independentemente da vontade do sujeito que perde a propriedade [1]. A aquisição é judicial, quando a coisa se adquire por sentença do juiz (*adiudicatio*)[2].

§ 72 — Modos originários de aquisição da propriedade.

(I) Ocupação; invenção (aquisição do tesouro).

Adquire-se a propriedade por ocupação quando se toma posse (*possessio*) duma coisa que não tem dono. *Quod nullius est, id ratione naturali occupanti conceditur* [3].

O caso mais frequente de aquisição por ocupação é constituído pela caça e pesca. Entre os jurisconsultos clássicos discutia-se se para adquirir a propriedade da caça era suficiente ter ferido o animal e continuar no encalço dêle ou, pelo contrário, era preciso a efetiva apreeensão material [4]. Deve-se notar que no direito romano, ainda que se tenha caçado em terreno alheio, cujo proprietário não tenha dado permissão, o animal pertence ao caçador, ressalvado o direito ao proprietário do terreno de intentar as ações para proteção do seu domínio.

Os animais domesticados tornam-se *res nullius* quando perdem o hábito de voltar a seu dono (*animus revertendi*). Dêste tipo são as abelhas; os pombos, os pavões, os veados etc.

A ocupação dá lugar ao caso raro duma ilha nascida no mar; no direito romano justinianeu as ilhas nascidas nos rios podem constituir sempre casos de acessão. Tomam-se por ocupação as *res hostium*, i. é, as coisas do inimigo, distintas da prêsa de guerra que pertence ao Estado romano.

No que diz respeito à categoria particular de *res nullius* que são as *res derelictae*, i. é, abandonadas, os Sabinianos sustentam que elas se tornam tais no momento do abandono (*derelictio*), por parte do antigo proprietário; os Proculianos, só quando outrem adquire a coisa abandonada [5]. O direito justinianeu e o direito moderno acolheram a primeira opinião[6].

O Código civil brasileiro fala de invenção relativamente às coisas perdidas pelo proprietário: decorrido um certo tempo sem que o proprie-

---

1. P. ex. o dono, que violentamente invade o imóvel possuído por um terceiro, perde a propriedade em proveito dêste. Os bens confiscados pelas leis Julia et Papia Poppaea se adquirem por lei.

2. Inst. 4, 17, 7: *Quod autem istis iudiciis (divisoriis) adjudicatum sit, id statim eius fit cui adiudicatum est.*

3. D. 41, 1, 3 pr. Gai.; Gai. 2, 66-69.

4. Justiniano exigiu a apreensão, Inst. 2, 1, 13.

5. D. 41, 7, 2, 1 Paul; D. 47, 2, 43, 5 Ulp.

6. Inst. 2, 1, 47.

tário se tenha apresentado, elas pertencem ao Estado. No direito romano clássico quem perdeu uma coisa não lhe perde a propriedade e nenhum prêmio cabe ao inventor. Naturalmente pode haver usucapião por parte dêste ou de outrem.

Os intérpretes modernos costumam falar de invenção quando a aquisição da *res nullius* advém do ato do descobrimento, sem necessidade de apreensão material. Fala-se, portanto, de invenção do tesouro.

Thesaurus est vetus depositio pecuniae, cuius non extat memoria, ut iam dominus non habeat[1]. Deve, portanto, tratar-se de um depósito antigo de moedas ou coisas preciosas (*pecuniae*), enterrado ou oculto, de cujo dono não haja memória.

O regulamento da aquisição do tesouro variou muito no decurso da história de Roma. Parece que no início o tesouro pertencia inteiramente ao proprietário do terreno em que era achado, em razão do caráter ilimitado do domínio[2]; depois de várias mudanças, nas quais influíram razões de ordem fiscal, Justiniano acolheu uma decisão equitativa do imperador Adriano, o qual tinha estabelecido que quando o proprietário do terreno e o inventor fôssem pessoas diferentes, metade do tesouro coubesse ao primeiro e metade ao inventor que não tivesse sido mandado à procura propositadamente (*non data opera*)[3].

(II) União de coisas (acessão).

Quando uma coisa pertencente a uma pessoa se ajunta e une a outra pertencente a outra pessoa, deve-se resolver o conflito entre os dois proprietários, cada qual pretendendo a propriedade total da coisa. A lei regula vàriamente os casos particulares que em geral levam a uma aquisição originária da propriedade.

Os Sabinianos sustentam que, na aquisição por acessão, a coisa juridicamente principal (*accessorium sequitur principale*) é a *maior species, maior pars, maior portio rei;* segundo os Proculianos é principal a coisa que representa a individualidade (*qualitas*) do todo.

Embora haja pròpriamente acessão quando o proprietário da coisa principal também o é da que se lhe uniu indissolùvelmente, de modo a constituir um todo orgânico, os vários casos de acessão são sistematizados pela doutrina tradicional, conforme seja união de imóvel a imóvel, de móvel a imóvel e de móvel a móvel.

---

1. D. 41, 1, 31, 1 Paul.; em C. 10, 15, 1 Imp. Leão (ano 474) o tesouro indica *condita ab ignotis dominis tempore vetustiore mobilia* (cf. Cod. Th. 10, 18, 2 Valent. e Theod. (ano 380).

2. D. 41, 2, 3, 3 Paul., referindo que Bruto e Manílio sustentaram que o usucapião do prédio se estende ao tesouro ocultado nele.

3. Inst. 2, 1, 39.

(a) A acessão de imóvel a imóvel assume as formas seguintes: (I) *Alluvio*, aluvião, ou o lento acréscimo causado por depósito e aterros naturais ou pelos desvios das águas dos rios. O acréscimo pertence ao proprietário do terreno a que acresceu[1]; (II) *Avulsio*, avulsão, que se verifica quando por fôrça natural violenta, uma porção de terra se desprende de um prédio e vai ajuntar-se a outro. A porção de terra pertence ao proprietário do terreno a que se juntou, desde o momento em que árvores dela deitaram raízes no outro terreno; (III) *Alveus derelictus*, i. é, álveo abandonado, que é a parte do leito abandonado pelo rio ao desviar o seu curso. Pertence aos proprietários ribeirinhos das duas margens, que a dividem entre si tirando a mediana pelo leito abandonado e depois a perpendicular partindo dos limites de cada terreno e indo até a mediana; (V) *Insula in flumine nata*, i. é, ilha formada no rio, navegável ou não; cabe na mesma proporção do álveo abandonado, aos proprietários dos prédios ribeirinhos[2].

(b) Casos de acessão de móvel a imóvel: (I) *Satio*, semeadura em terreno alheio com sementes próprias; (II) *Plantatio*, plantação de árvores em terreno alheio; (III) *Inaedificatio*, construção de edifício em terreno alheio. Em virtude do princípio característico de não-limitação e fôrça de atração da propriedade romana (*superficies solo cedit* ou também *omne quod inaedificatur solo cedit*)[2], o proprietário do terreno se torna proprietário dos rebentos, das árvores que lançaram raízes e dos edifícios construídos no terreno.

No que respeita à *inaedificatio*, em particular, deve-se ter presente que, quando os materiais forem por qualquer razão separados do solo, o proprietário originário tem direito a reivindicá-los. A norma combina com a disposição da Lei das XII Tábuas, que vedava tirar traves dos edifícios e as latadas das vinhas (*tignum iunctum*) por motivos urbanísticos e agrícolas.

Por outro lado, como veremos a propósito dos institutos da enfiteuse e da superfície, o rigoroso princípio que não permite distinguir entre a propriedade do solo e o que está sôbre êle, no decurso do desenvolvimento do direito romano, foi superado pela jurisdição do pretor e pela legislação imperial dos últimos tempos.

---

1. Gai. 2, 72. Inst. 2, 1, 20: *Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi adquiritur. Est autem alluvio incrementum latens. Per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adiciatur.* § 22: *Insula quae in mare nata est, quod raro accidit, occupantis fit: nullius enim esse creditur. At in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum, qui ab utraque parte fluminis, prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope sit. Quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum qui ab ea parte prope ripam praedia possident. Quodsi aliqua parte divisum flumen, deinde infra unitum agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager, cuius et fuerat.*

2. Gai. 2, 73-76.

(c) Caso de acessão de móvel a móvel: (I) *Ferruminatio,* que é a solda de duas coisas do mesmo metal pelo mesmo metal (solda autógena, *recautchutagem*)[1]; (II) *Textura,* que é a tecitura de fios na coisa alheia; (III) *Tinctura,* que se verifica quando se tinge um pano alheio com a tinta (*purpura*) própria; (IV) *Scriptura,* quando se escreve em papiro ou pergaminho alheio[2].

Em todos êsses casos vigora o princípio: *accessio cedit principali*[3], i. é, o acessório segue o principal. Principal é a coisa determinante da essência e da função do todo. Portanto, em caso de *ferruminatio* (ferruminação) o braço soldado à estátua de bronze torna-se propriedade do dono da estátua: na *tecitura* e na *tintura* o proprietário do pano se torna proprietário dos fios tecidos ou da púrpura; na *escritura,* os caracteres acedem ao pergaminho ou ao papiro[4]. Ao contrário, na (V) *pictura* se discute se e porque a *tabula picta* acede ao pintado. Para os Proculianos o quadro pertence ao pintor e não ao proprietário da tela; para os Sabinianos, o quadro pertence sempre ao proprietário da tela. Justiniano acolheu a opinião dos Proculianos[5].

Por outro lado e em vários casos, o pretor concedia uma *exceptio doli* contra quem, tornado proprietário do todo e pretendendo a coisa, não quisesse pagar uma indenização a quem fôra proprietário do acessório[6]. Justiniano generalizou o princípio.

Outro caso de união de móvel a móvel é o da *confusio,* i. é, a mistura de líquidos homogêneos (vinho, azeite); e o da *commixtio,* mistura de sólidos homogêneos (produtos alimentícios). Se as coisas são inseparáveis e se se trata de moedas, dá-se a *communio* entre os dois proprietários, regulada pelas normas relativas ao condomínio.

(III) Especificação.

Chama-se especificação à transformação de uma matéria de modo a constituir coisa nova (*novam speciem facere*), com função econômico-social diferente. Assim p. ex., a transformação da uva em vinho, a de um bloco de mármore em estátua. Quando a matéria transformada é alheia, surge o problema de saber-se a quem cabe a coisa nova. Os Sabinianos sustentavam que o proprietário da matéria prima o ficava sendo da nova espécie; os Proculianos, pelo contrário, declaravam proprietário desta quem com seu trabalho tinha transformado a matéria prima, i. é,

---

1. *Plumbatura* é a solda com estanho ou outra matéria que deixa distintos os metais, e, por isso permite ao proprietário do acessório obter a exibição e depois a reivindicação da coisa, D. 6, 1, 23, 5 Paul.

2. Gai. 2, 77.

3. D. 34, 2, 19, 13 Ulp.

4. Gai, 2, 78.

5. D. 41, 1, 26, 2; D, 6, 1, 23, 3.

6. Gai. 2, 76.

o especificador [1], dando maior realce ao trabalho humano e afirmando que a coisa nova era tão diferente da antiga, que se podia aplicar o princípio *res nullius cedit occupanti*.

Justiniano acolheu uma opinião intermediária (*media sententia*), pela qual ficava proprietário o dono da matéria prima, se a coisa nova pudesse ser reduzida à antiga, como p. ex., um vaso de bronze suscetível de se refundir; ao contrário, a redução não sendo possível, o especificador tinha direito à coisa nova. Esta solução vigorava, outrossim, no caso em que parte da matéria usada fôsse de propriedade do especificador, ou que êste estivesse de má fé [2].

Por outro lado, o proprietário da matéria podia opor contra o especificador a *exceptio doli* e obter dêle eventualmente o ressarcimento do dano com uma ação penal (*actio furti*).

(IV) Aquisição dos frutos.

Quando os frutos se separam da coisa frugífera, adquirem caráter de coisas autônomas e é mister regulamentar-lhes a aquisição.

O proprietário de uma coisa produtiva adquire-lhe os frutos em virtude da relação imediata que tem com ela. O dono da coisa se torna proprietário dos frutos em virtude da separação, ainda que seja espontânea; e quem se apossa de frutos jacentes pratica furto contra o proprietário.

O princípio pelo qual os frutos cabem ao proprietário da coisa frugífera sofre limitações, quando sôbre a coisa existem direitos imediatos ou mediatos de outrem. (I) Se a coisa é objeto de usufruto, o usufrutuário adquire os frutos com a efetiva apreensão dêles (*perceptio*). Assim, morrendo o usufrutuário, os frutos que deixou de colher não lhe pertencem ao herdeiro, mas ao proprietário [3]; a *condictio furtiva*, para obter os frutos separados, dos quais o usufrutuário ainda não tomou posse, cabe, contra o ladrão, ao proprietário; (II) Se a coisa é objeto de enfiteuse, o enfiteuta os adquire com a separação, excluindo completamente o proprietário; (III) Se a coisa está alugada, o locatário adquire os frutos com a *perceptio* qualificada pela vontade do dono locador; (IV) Se a coisa é possuída de boa fé, o possuidor de boa fé adquire os frutos separados. Deverá restituir ao proprietário da coisa frugífera só os frutos *extantes*, i. é, os ainda existentes e os percebidos depois de chamado a juízo, pela reivindicação do proprietário da coisa produtiva.

§ 73 — Usucapião.

Chama-se usucapião ao modo de aquisição da propriedade mediante a posse continuada durante o tempo estabelecido pela lei: *Usucapio est*

---

1. Gai. 2, 79.
2. Inst. 2, 1, 25.
3. D. 7, 4, 13 Paul.; Inst. 2, 1, 36.

adiectio dominii per continuationem possessionis temporis lege definiti[1]. O direito que, como vimos, protege a posse, independentemente da propriedade de quem a exerce, uma vez decorrido o lapso de tempo determinado, conforme o caso, reconhece como verdadeiro proprietário o simples possuidor da coisa, afim de pôr um têrmo ao indefinido renovar das contestações judiciárias contrárias ao bem comum[2].

O regulamento do usucapião na compilação de Justiniano resulta da fusão de dois institutos fundados no mesmo princípio, mas diferentes pela sua esfera e modos de aplicação: a *usucapio* e a *longi temporis praescriptio*. Examiná-los-emos separadamente, concluindo com a exposição do regulamento do usucapião no direito justinianeu.

(a) *Usucapio* deriva de capere (tomar) e de usus (uso), originàriamente significando "posse". A lei das XII Tábuas estabelecia que quem tivesse possuído por dois anos um imóvel (*fundi*) ou por um ano um móvel (*ceterae res*) se tornava proprietário[3]. Em virtude da *lex Atinia* no II século a. C. e da *lex Plautia de vi* do I século a. C., foram excluídas do usucapião as coisas furtadas (*res furtivae*) e as arrebatadas com violência (*res vi possessae*). A *usucapio* era um modo de aquisição de ius civile, e portanto só possível em se tratando de coisas suscetíveis de *dominium ex iure Quiritium* e em proveito do *civis Romanus*.

(b) No início do Principado, quem possuísse um terreno provincial[4] por um certo tempo, podia repelir, por meio duma *exceptio* chamada *praescriptio* (por vir no cabeçalho da fórmula), quem lhe contestasse a propriedade. A *longi temporis praescriptio*, aplicando-se aos terrenos provinciais e sendo um instituto de direito magistratual cabe, quer aos *cives*, quer aos *peregrini*. O tempo necessário para prescrever é de dez anos contra quem reside na mesma cidade (entre presentes) e de vinte anos em cidades diferentes (entre ausentes).

Desaparecendo com Diocleciano a distinção entre terrenos itálicos e provinciais, desaparece a distinção entre *usucapio* e *praescriptio*; e as respectivas normas particulares, que no decurso do período clássico não tinham deixado de se influenciar recìprocamente, se fundem na regulamentação do instituto sob Justiniano.

(c) Os requisitos para o usucapião no direito justinianeu se memorizam com o seguinte hexâmetro medieval: *res habilis, titulus, fides, possessio, tempus*.

(I) *Res habilis*, i. é, coisa hábil. Não se admite o usucapião das *res extra commercium*, das *res furtivae* ou *vi possessae*, dos bens do príncipe, do fisco e das Igrejas. Além disso, não se podem usucapir os bens dos pupilos menores e ausentes.

1. D. 41, 3, 3, Modest.; Ulp. 19, 8.
2. Gai. 2, 44.
3. Gai, 2, 42; 2, 54.
4. Gai. 2, 46.

(II) *Titulus* ou *iusta causa* é o motivo pelo qual a pessoa recebeu a coisa do precedente possuidor. Não sendo êste proprietário dela ou não tendo empregado a forma necessária a operar a transferência da propriedade, o título deixa de conduzir, na espécie, à aquisição da coisa. Assim, título é o ato jurídico em virtude do qual o possuidor tem a coisa; ato êste que em tese é justa causa de aquisição, mas por algum vício não deu lugar à aquisição. Conhecem-se várias *iustae causae*, indicadas pela partícula *pro*, i é: *pro emptore*, se a coisa fôr comprada [1]; *pro soluto*, se recebida em pagamento; *pro dote*, se obtida por dote; *pro legato*, se a título de legado; *pro donato*, por doação. A partícula *pro* evidencia que no caso a compra, o pagamento, o dote, o legado, a doação não justificaram a transferência da propriedade. Além disso admitem-se *iustae causae* que prescindem de qualquer relação com o precedente possuidor: *pro derelicto*, quando se toma posse de coisa abandonada por quem não lhe era proprietário sabendo que realmente foi abandonada[2]; *pro suo* ou *pro possessore*, quando faltar uma designação específica do título de aquisição por ex. por troca [3], por adjudicação [4] etc. Usucapem-se *pro suo* os frutos da coisa possuida. A *lucrativa pro herede usucapio* se verifica quando o herdeiro pròpriamente dito possuir, entre os bens hereditários, coisas alheias, ou também quando quem não é herdeiro senão aparente, possuir bens hereditários [5].

Houve discussão entre os jurisconsultos sôbre o problema de saber se é necessária a real e efetiva existência do título, ou basta a errada opinião sôbre êle; mas os clássicos não julgaram suficiente o título putativo, que naturalmente teria destruído o requisito da *iusta causa*. Justiniano é favorável ao título putativo.

(III) *Fides* é a boa fé, i. é, a conduta honesta na tomada de posse com a consciência de não prejudicar o legítimo possuidor. Requer-se a boa fé, diferentemente do que se dá no direito brasileiro, apenas inicialmente; daí o brocardo vulgar: *mala fides superveniens non nocet*. A noção de boa fé não coincide com a de título: pode haver título sem boa fé (por ex., compro de quem não é dono, sabendo-o; e boa fé, sem título (por ex., compro de quem não é procurador).

Como o usucapião acarreta mudança do proprietário, *quia contra statui captiosum erit*, o requisito do *animus* é mais rigorosamente exigido[6].

---

1. No caso da posse obtida em consequência de compra (*pro emptore*), os Proculianos sustentavam que a boa fé era necessária no momento da conclusão do contrato; Sabinianos a exigiam no momento da tomada da posse. Justiniano estabeleceu que a boa fé devia existir em ambos os momentos (D. 6, 2, 7, 17 Ulp.; D. 41, 3, 48 Paul.; D. 41 4, 2, pr. Paul.; D. 41, 3, 10 pr. Ulp.).

2. D. 41, 7, 4 Paul.

3. D. 6, 2, 7, 5 Ulp.

4. D. 6, 2, 7 pr. Ulp.

5. Gai. 2, 52-58; 3, 201.

6. D. 41, 3, 41 Nerat.; C, 7, 32, 1 Severo e Caracala (ano 196).

(IV) *Possessio* é a detenção da coisa com o ânimo de tê-la como dono. Afirma-se o princípio: *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*[1]; i. é, o possuidor não pode alterar unilateralmente e em seu proveito o caráter da posse; assim, p. ex., o mero detentor sem o ânimo de ter a coisa como própria (comodatário, inquilino, etc.) não pode usucapir, enquanto por ato do proprietário a mera detenção não se haja transformado em verdadeira *possessio*.

A *possessio* deve ser continuada, aliás o usucapião se interrompe (*usurpatio possessionis*). O herdeiro continua a posse do defunto (*successio possessionis*) e o adquirente de boa fé, a do alienante (*accessio possessionis*), se lhe aproveitar.

(V) *Tempus*. O tempo necessário a usucapir móveis é de três anos; imóveis, entre presentes, dez anos e entre ausentes, vinte [2].

O direito justinianeu enfim reconhece a *longissimi temporis praescriptio*, que prescinde do título e requer apenas a boa fé do possuidor. Perfaz-se ao cabo de trinta anos; ficam excluídas apenas as coisas fora do comércio.

§ 74 — Modos derivados de aquisição da propriedade.

Na aquisição derivada da propriedade, vigora o princípio; *nemo plus iuris transferre potest, quam ipse haberet* [3]; i. é, ninguém pode transferir mais direitos que os que tenha; e portanto quem não é proprietário em nenhum caso pode transferir a outrem a propriedade. Êste último eventualmente terá a posse de boa fé.

Os modos de aquisição da propriedade a título derivado, no direito clássico, são três: a *mancipatio*, a *in iure cessio* e a *traditio*.

---

1. D. 41, 2, 3, 19 Paul.

2. Inst. 2, 6 pr.: *Iure civili constitutum fuerat, ut, qui bona fide ab eo, qui dominus non erat, cum crediderit eum dominum esse, rem emerit, vel ex donatione aliave qua iusta causa acceperit, in eam rem, si mobilis erat, anno ubique, si immobilis biennio tantum in Italico solo usucapiat, ne rerum dominium in incerto essent. Et cum hoc placitum erat, putantibus antiquioribus, dominis sufficere ad inquirendas res suas praefata tempora, nobis melior sententia resedit, ne domini maturius suis rebus defraudentur, neque certo loco beneficium hoc concludatur. Et ideo constitutionem super hoc promulgavimus, qua cautum est, ut res quidem mobiles per triennium usucapiantur, immobiles vero per longi temporis possessionem, id est inter praesentes decennio, inter absentes viginti annis usucapiantur: et his modis non solum in Italia, sed in omni terra, quae nostro imperio gubernatur, dominium rerum iusta causa possessionis praecedente, adquiratur.*

3. D. 50, 17, 54 Ulp.; D. 41, 1, 20 pr. Ulp.: *Traditio nihil amplius transfere debet vel potest ad eum, qui accipit, quam est apud eum qui tradit. Si igitur quis dominium in fundum habuit, id tradendo transfert, si non habuit, nihil transfert.*

(I) *Mancipatio*[1]. Sabemos que a *mancipatio* é um ato do *ius civile* que serve para a transferência e portanto para aquisição de poder sôbre pessoas e coisas. No concernente particularmente à propriedade, o ato se aplica às *res mancipi* e pode ser praticado apenas por quem tem o *commercium*. O alienante, pelo próprio fato da mancipação, fica responsável pela eventual reivindicação que possa vir a sofrer o adquirente, por parte do verdadeiro proprietário ou de quem tenha um direito real sôbre a coisa. Essa garantia da evicção (*auctoritas*), segundo a Lei das XII Tábuas, durava, como para o correspondente instituto da *usucapio*[2], dois anos para os imóveis e um para os móveis.

A *mancipatio* caiu em desuso no período pós-clássico e, por Justiniano ter abolido a distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi*, foi substituída pela *traditio*.

(II) *In iure cessio*[3] é, como sabemos, um ato originado do processo e tem, além de outras aplicações, a de servir para a transferência, quer duma *res mancipi*, quer duma *res nec mancipi*. É a única forma de transferência para coisas incorpóreas (*iura*) para as quais não é possível a *mancipatio*. Quem opera a cessão no tribunal cala e não contesta a fictícia reivindicação do autor; por isso o magistrado se pronuncia conforme a afirmação dêste.

Assim se transferem as servidões prediais urbanas[4], o usufruto[5], as heranças depois da delação ou da adição[6]; mas não é possível ceder *in iure* as obrigações[7].

Dado o inconveniente da necessidade da presença do magistrado[8], a *in iure cessio* cai logo em desuso e desaparece antes da *mancipatio*. No direito justinianeu vigora como simples *cessio*, no sentido de transferência não formal da propriedade.

(III) A *traditio* consiste, a princípio, no ato material de entrega duma coisa *nec mancipi* e portanto na sua tomada de posse com a intenção de transferí-la e respectivamente de lhe adquirir a propriedade, em virtude duma causa hábil a transferir o domínio (*iusta causa tradi-*

---

1. Gai. 1, 119.

2. O usucapião e a garantia pela evicção são institutos correspondentes, pois decorrido o prazo do usucapião, quem tem a coisa lhe adquire a propriedade e não pode sofrer a reivindicação de um terceiro, que já não é proprietário. Na Lei das XII Tábuas, a *aeterna auctoritas* contra o *hostis* recusa-lhe o usucapião.

3. Gai. 2, 24.

4. Gai. 2, 29.

5. Gai. 2, 30.

6. Gai. 2, 34-37.

7. Gai. 2, 38.

8. Gai. 2, 25.

tionis)[1]. Os elementos da *traditio* passaram por uma constante elaboração e transformação, no desenvolvimento do direito romano.

Quanto à tomada de posse, o elemento material da entrega tende a atenuar-se e a desaparecer, gerando a chamada *traditio ficta*. Os intérpretes distinguem várias espécies de *traditio ficta*: 1) A *traditio simbolica*, quando se entrega apenas um símbolo do que se quer transferir: as chaves do depósito (*traditio clavium*), o instrumento da propriedade (*traditio instrumentorum*). Ou também quando se praticam atos reveladores da vontade de tomar posse da coisa: mandar vigiar as mercadorias (*adpositio custodis*); assinalar a madeira ou a coisa que se quer adquirir (*signare trabes*); 2) a *traditio tacita*, que se verifica em seguida ao contrato de sociedade pela qual as coisas conferidas pelo sócio se tornam comuns, sem necessidade da efetiva entrega aos outros sócios; 3) a *traditio longa manu*, consistente em mostrar a coisa ao adquirente, p. ex., indicando-lhe um terreno do alto de uma tôrre; 4) a *traditio brevi manu*[2], quando o adquirente por vontade do alienante muda a sua relação com a coisa, p. ex., o inquilino que compra a casa e nela permanece aquire a propriedade sem necessidade da entrega material da casa; 5) o *constitutum possessorium* indicado pela definição: *quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere*[3], p. ex., o proprietário vende a casa e continuando a habitá-la, toma posse dela em nome do adquirente. No direito justinianeu, em alguns casos se chega a admitir a *traditio* apenas por consentimento das partes, de forma que nas legislações derivadas do Código de Napoleão o contrato chega a operar a transferência da propriedade (compra e venda real). No direito brasileiro, como no romano, a venda não transfere, sem *traditio*, a propriedade (venda obrigacional).

No que respeita ao objeto, a princípio a *traditio* pode ser empregada apenas em se tratando de coisas corpóreas[4]. Uma vez admitida a posse de direitos, e espiritualizando-se o *corpus* da posse, ao ato se pode recorrer também no caso de coisa incorpóreas (*iura*), e assim p. ex., se pode *tradere* uma servidão (*quasi traditio*). Desaparecida a distinção entre *res mancipi* e *res nec mancipi*, a *traditio* serve para operar a

---

1. D. 41, 1, 31 pr. Paul.: *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa praecesserit, propter quam traditio sequeretur.* Sôbre o significado de título: "Êste nome título, acerca dos juristas tem diverso significados, por ser hum nome comum que lhe serve de gênero, debaixo do qual estams muitas espécies de cousas: porque às vêzes significa preminência de honra, a que chamam dignidade, como é a do duque, marquês, conde, etcetera, e outras vêzes significa senhorio de propriedade, donde as mesmas escripturas que cada hu tem de sua fasenda se chamam titulos. Porem falando propriamente, ao nosso propósito, titulo nam é outra cousa senam hu sinal e denotaçam do direito e justiça que cada hu tem no que possuye ora seja por razam de dignidade, ora por causa de propriedade... Assim que falando propriamente: ao titulo de honra podemolhe chamar dignidade, e ao titulo de propriedade senhorio." João de Barros, *Decadas*, I, 6, 1.
2. "Deos nosso Senhor, cuja mão não he abreviada" — BERN, *Ex.*, *Esp.* I, 70.
3. D. 41, 2, 18 pr. Cels.
4. Gai. 2, 28.

transferência da propriedade de qualquer coisa. No direito justinianeu, a *traditio* é o único modo de aquisição da propriedade a título derivado [1].

§ 75 — Defesa da propriedade.

A efetivação dos direitos reais se obtém afirmando o direito próprio sôbre a coisa (*actio in rem*), direito que todos têm o dever de respeitar (*erga omnes*). Esta característica das ações para a defesa dos direitos reais naturalmente mais se evidencia pelo meio judiciário sancionador do direito real por excelência, a propriedade. Os diversos tipos de propriedade, coexistentes no direito romano clássico e depois fundidos no direito justinianeu, distinguem-se pelas ações respectivas.

(a) Por princípio, a *rei vindicatio* é a ação para a defesa do *dominium ex iure Quiritium*. Pode ser intentada pelo *dominus* contra quem quer que possua a coisa e lhe conteste a qualidade de proprietário. Pode-se além disso, opor, como ação pessoal, contra quem se fingiu possuidor sem o ser (*qui liti se optulit*) e contra quem deixou dolosamente de possuir (*qui dolo desiit possidere*).

Se o réu não aceita o juízo, o pretor, mediante uma providência administrativa, confere ao autor a faculdade de se apossar da coisa.

O autor deve fornecer a prova do seu direito. Se não a apresenta, *in pari causa possessor potior haberi debet*[2]. A prova é quase impossível (*probatio diabolica*), quando a propriedade foi adquirida a título derivado, pois em tal caso o autor deveria provar também o direito dos precedentes proprietários. A isso vem obviar o instituto do usucapião com a eventual *successio* e *accessio possessionis*.

O réu, não querendo restituir a coisa, é condenado numa soma de dinheiro, cujo montante é determinado por um juramento do autor (*iusiurandum in litem*). No direito justinianeu, quando a condenação não é necessàriamente pecuniária, o autor pode obter a coisa mediante a fôrça pública (*manu militari*).

A coisa deve ser restituída *cum omni causa,* i. é, com todos os acréscimos, acessões e frutos que produziu. Em particular, o possuidor de boa fé deve restituir os frutos *extantes*; o de má fé, os consumidos e percipiendos. No atinente às benfeitorias, o possuidor de boa fé pode reter a coisa (*retentio*) até o proprietário lhe pagar as necessárias; e, quanto às úteis, o possuidor pode reter a coisa até o proprietário lhe pagar a quantia menor entre a gasta com o melhoramento e a que representa efetivamente a vantagem que desta tira o proprietário. Nenhuma retenção existe para as benfeitorias voluptuárias. No direito justinianeu o possuidor tem uma

---

1. C. 2, 3, 20 Diocletian.: *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur* (ano 293). O texto frisa que o contrato por si só não gera a aquisição da propriedade.
2. D. 50, 17, 128 pr. Paul.

verdadeira ação para obter a importância relativa às benfeitorias necessárias e úteis, independentemente da sua boa ou má fé.

Se a coisa perecer, o possuidor de boa fé, até a *litiscontestatio*, não será responsável, mesmo no caso de o perecimento se dar por sua culpa; mas o será o possuidor de má fé. Depois que as partes convierem sôbre os limites da lide, o possuidor de má fé sê-lo-á mesmo em caso de perecimento fortuito.

· Pode-se reconstruir a fórmula da ação de reivindicação do modo seguinte[1]: *Maevius iudex esto. Si paret fundum Capenatum, quo agitur, ex iure Quiritium P. Servilii esse neque is fundus arbitrio tuo P. Servilio restituatur, quanti eas res erit, tantam pecuniam, iudex, Q. Catulum P. Servilio condemna. Si non paret, absolve.*

(b) A propriedade dos terrenos provinciais, não reconhecida como *dominium* pelo *ius civile*, originàriamente não tem defesa. Porém vieram os magistrados provinciais a protegê-la estendendo-lhe a *rei vindicatio* (*utilis*) em cuja fórmula o autor, provàvelmente, ao invés de afirmar o seu *dominium ex iure Quiritium*, fazia referência ao seu título.de gôzo.

Desaparecendo a propriedade provincial, a ação é qualificada como *rei vindicatio*.

(c) A defesa da propriedade pretoriana (*in bonis habere*) foi naturalmente reconhecida pelo pretor, primeiramente, por via indireta, com uma *exceptio*, e depois diretamente, com uma ação. Com efeito, a quem tinha adquirido uma *res mancipi* sem recorrer à *mancipatio* ou à *in iure cessio*, o magistrado concedeu uma defesa (*exceptio rei venditae et traditae*) contra a possível reivindicação de quem, embora vendida e entregue a coisa, continuará a ser *dominus ex iure Quiritium*. Posteriormente o magistrado concedeu ao comprador uma ação chamada Publiciana. Podem-se configurar três hipóteses: 1) Exceção de dolo. Fulano vendeu o escravo Stico, *res mancipi*, não empregando o ato idôneo da *mancipatio*, mas a simples *traditio*. Sendo Fulano ainda dono por direito quiritário, reivindica o escravo. O pretor concede ao comprador uma *exceptio doli*, que neutraliza a *reivindicatio* de Fulano. 2) Exceção de coisa vendida e entregue: Fulano vendeu o escravo também empregando a simples *traditio*. Sendo ainda *dominus ex iure Quiritium* vende outra vez o escravo, fazendo *mancipatio* a Sicrano. Se êste propuser a reivindicação contra o primeiro comprador, o pretor opõe-lhe a *exceptio rei venditae et traditae*. 3) Ação Publiciana — Nos dois casos anteriores o comprador por *traditio* é protegido pela *exceptio*, só se tiver a posse da coisa, isto é, como réu na reivindicação. Se o escravo, que lhe foi vendido e entregue, voltar a seu dono por direito quiritário ou estiver com um terceiro, o pretor concede ao comprador a *actio publiciana*. Na *actio publiciana*, cujo nome provàvelemente

1. Gai. 4, 34 e 41; Cic. *in Verr.* 11, 2, 12, 31.

deriva de um pretor, Publício, fingia-se decorrido o tempo necessário para usucapir a coisa. Intentada a ação, vence quem, com relação ao outro, possui de boa fé[1]. Destarte a ação proporciona uma defesa menor do que a *reivindicatio*, pois não dá resultado se proposta contra o proprietário, que opõe a *exceptio iusti dominii*. No caso porém de o proprietário ter feito a venda e a entrega da coisa, esta exceção será repelida pela *replicatio rei venditae et traditae* do possuidor. Contra o terceiro possuidor o autor obtém a condenação sòmente se adquiriu anteriormente ao réu, do mesmo proprietário. Em caso diferente, o réu pode repelir a publiciana com uma *exceptio*.

Unificados os vários tipos de propriedade, a *actio Publiciana* ja não preenche sua originária função, mas protege quem adquiriu, com justo título e de boa fé, coisa de quem não era proprietário (*a non domino*)[2].

1. Gai. 4, 36: *Datur autem haec actio ei, qui ex iusta traditam sibi rem nondum usucepit, eamque amissa possessione petit. Nam quia non potest eam ex iure Quiritium suam esse intendere, fingitur rem usucepisse, et ita, quasi ex iure Quiritium dominus factus esset intendit, veluti hoc modo: "Iudex esto. Si quem hominem A. Agerius emit, et is ei traditus est anno possedisset, tum si eum hominem, de quo agitur, ex iure Quiritium eius esse oporteret et reliqua."*

2. D. 6, 2, 17 Nerat.: *Publiciana actio non ideo comparata est, ut res domino auferatur (eiusque rei argumentum eat primo aequitas, deinde exceptio* si ea res possessoris non sit),*sed ut is, qui bona fide emit, possesionemque eius ea causa nactus est, potius rem habeat.*

Capítulo III

DIREITOS REAIS SÔBRE COISAS ALHEIAS

§ 76 — Jura in re aliena.

Além da propriedade, direito real por excelência, há outros direitos sôbre as coisas, que se podem opor a todos. Tais direitos pressupõem um titular não proprietário, porque se o é, seus direitos de proprietário absorvem qualquer outro direito que porventura pudesse exercer sôbre ela. Por outras palavras, os direitos reais, distintos da propriedade, existem apenas sôbre coisas alheias e se chamam modernamente *iura in re aliena,* direitos sôbre coisas alheias.

Segundo o fim que visam, a doutrina moderna os divide em direitos reais de gôzo e de garantia. Os primeiros visam facultar uma utilidade e gôzo mais ou menos extensos da coisa alheia; os direitos reais de garantia asseguram a realização de um crédito por meio da mesma.

O Código Civil enumera certos direitos reais além da propriedade. Nem todos os institutos modernos os reconhece o direito romano como direitos reais. As rendas constituídas sôbre imóveis lhe são estranhas; a enfiteuse adquire caráter de verdadeiro direito só na compilação de Justiniano; o penhor e a hipoteca, que originàriamente são distintos, se manifestam como direitos reais apenas no Principado; a habitação, que se discutia, no período clássico, se pertencia ao usufruto ou ao uso, adquire foros de instituto independente na legislação justinianéia; as servidões e o usufruto são os direitos reais mais antigos. Mas em vez de examinarmos os diversos direitos reais na ordem cronológica do seu aparecimento e configuração, é preferível seguir a sistematização tradicional como ela se apresenta ao cabo do desenvolvimento do direito romano.

Serão por isso neste capítulo considerados: (I) As servidões e o usufruto, com os direitos análogos, institutos agrupados por Justiniano na mais extensa categoria das servitutes (*servitutes rerum* e *servitutes personarum*); II) A superfície e enfiteuse; III) O penhor e a hipoteca.

§ 77 — Servidões.

Servitus significa escravidão. Em relação às coisas, a *servitus* é a *escravidão* de um prédio a outro; i. é, uma relação de sujeição existente

entre dois prédios. O prédio chamado serviente proporciona ao outro, chamado dominante, uma utilidade determinada de caráter permanente. A relação se configura jurìdicamente como existindo entre dois prédios, independentemente das pessoas dos proprietários, que podem variar: as *servitutes* são mesmo chamadas *iura praediorum*, i. é, direitos dos prédios por constituirem qualidades próprias aos prédios, não diferentes das qualidades objetivas de fertilidade, salubridade, tamanho[1]. Cumpre porém ter presente que quem goza da utilidade é naturalmente uma pessoa, i. é, o proprietário do prédio dominante e vice-versa, quem sofre limitação na sua propriedade, pelo fato de esta proporcionar uma utilidade a outro prédio, é sempre o proprietário do serviente; mas as pessoas dos proprietários se consideram apenas indiretamente, e a *servitus* por princípio prescinde dos proprietários.

No direito justinianeu, como já frisámos, o conceito de *servitus* abrange, não apenas a relação de sujeição entre dois prédios, mas também o direito real de gôzo que determinada pessoa pode exercer sôbre coisa alheia. Distinguem-se então servidões de coisas (*servitutes rerum*), que são os *iura praediorum*, e servidões pessoais (*servitutes personarum*), i. é, que competem a pessoas — usufruto, uso e habitação e as *operae servorum et animalium*. Nas fontes justinianéias se encontra uma série de regras, algumas das quais, por certo, vigiam no direito clássico, apenas para os *iura praediorum*, entendidas como comuns, quer às *servitutes rerum*, quer às *servitutes personarum*. As mesmas regras, no direito moderno, às vêzes governam todos os *iura in re aliena*. São as seguintes:

(I) *Nulli res sua servit*[2]. Sôbre o terreno próprio não se pode exercer servidão. Assim, o direito de passar pelo meu terreno deriva de ser eu o proprietário, pois o limite do domínio abrange qualquer faculdade que possa recair sôbre a coisa. A servidão pressupõe sempre dois prédios pertencentes a proprietários diferentes; e quando se confundem na mesma pessoa as qualidades de proprietário do prédio dominante e do serviente, a servidão se extingue (*confusio*). O princípio se aplica também ao usufruto, que cessa por consolidação, quando o usufrutuário se torna proprietário da coisa usufruída; na verdade, a regra abrange todos os *iura in re aliena*, porque, como diz a própria denominação, todos pressupõem seja a coisa, objeto do direito, alheia.

(II) *Servitus servitutis esse non potest*[3]. Mui controvertido é o sentido desta máxima. Parece que originàriamente significava: *fructus servitutis esse non potest* e exprimia o conceito de não ser possível o usufruto duma servidão, i. é, a utilidade derivada do prédio serviente para o dominante não pode ser objeto duma ulterior relação de usufruto,

1. D. 50. 16, 86 Cels.: *Quid aliud sunt iura praediorum quam praedia qualiter se habentia: ut bonitas, salubritas, amplitudo?*

2. D. 8, 2, 26 Paul.; D. 7. 6, 5 pr. Ulp.; D. 8, 4, 10 Ulp.

3. D. 33, 2, 1 Paul.

em proveito de terceiro e distinto dos proprietários dos dois prédios. No direito justinianeu, desde que o termo *servitus* abrange o usufruto e os direitos análogos, a máxima deveria significar a impossibilidade de um direito real de gôzo sôbre outro direito real de gôzo; i. é, quem tem o direito de passar pelo prédio alheio não pode constituir sôbre o mesmo um direito de usufruto com o caráter de direito real. Por outro lado, a regra nem sequer no direito romano pode aplicar-se a todos os *iura in re aliena*, pois se admite o penhor sôbre o penhor (*subpignus*).

(III) *Servitus in faciendo consistere nequit*[1]. As servidões não podem consistir em fazer; i. é, do lado passivo o conteúdo duma servidão não pode ser uma atividade positiva (*facere*) do proprietário do prédio serviente, mas apenas uma tolerância (*pati*) ou uma omissão (*non facere*). Evidentemente, o princípio deriva do caráter real da servidão que não se concilia com um vínculo obrigacional de pessoa certa. A regra vale para o usufruto e os direitos análogos, como para o penhor, ou melhor para todos os direitos reais. Com efeito, a exclusão de todos os homens do meu direito determina o princípio que ninguém pode nem deve fazer nada no que lhe respeita.

Aplicações dêle se evidenciam na possibilidade de o proprietário do prédio serviente, da coisa objeto de usufruto ou penhor, exonerar-se de qualquer obrigação eventual, cedendo a própria coisa; ninguém pode constrangê-lo a executar uma prestação conexa com o ônus sôbre a coisa. Por outro lado, no concernente à superfície e à enfiteuse, é discutível se o ônus de fazer melhoramentos no prédio ou construir o edifício, como também o de pagar o foro ao proprietário, são elementos estruturais dos institutos, ou apenas obrigações eventuais e distintas conceitualmente do direito real.

§ 78 — Características e tipos das servidões prediais.

Portanto servidões prediais (*iura praediorum* ou *servitutes rerum*) são direitos reais de gôzo sôbre um imóvel alheio, em virtude dos quais o dono dêste tem o ônus de tolerar ou não fazer alguma coisa em favor do dono de outro imóvel.

Desde os tempos mais remotos se admitiu pudesse um prédio estar sujeito ao prédio vizinho, ao qual proporcionasse constante e determinada utilidade. O requisito de os dois prédios serem vizinhos não se entende, como provàvelmente na origem se entendia, no sentido de deverem ser contíguos. A vizinhança é antes uma situação natural, que de fato torna apreciável a utilidade de um prédio para o outro, possibilitando assim o exercício da servidão.

A utilidade do prédio serviente para o dominante é uma vantagem independente da eventual e transitória para o proprietário do prédio dominante. Assim, p. ex., não se concebe uma servidão predial pela qual

1. O brocardo não é romano, cf. todavia D. 8. 1, 15, 1 Pomp.

o proprietário do prédio dominante pudesse colhêr frutos no serviente ou aí comer, pois estas não são vantagens permanentes para o prédio. Daí se segue que a vantagem, e respectivamente o ônus, devem ter caráter duradouro, não subordinado à pessoa dos proprietários ou ao variável destino que porventura dêem ao prédio: *omnes servitutes praediorum perpetuas causas habere debent* [1]. Assim p. ex., o direito de conduzir água pelo terreno vizinho poderá constituir-se só se, neste brotar a nascente ou a mina permanente. A servidão de queimar a cal no terreno alheio (*servitus calcis coquendae*) poderá subsistir apenas nos limites em que a operação lhe seja efetiva e permanentemente útil, se no prédio se devem realizar periòdicamente trabalhos para a sua manutenção.

A servidão deve exercer-se moderadamente (*civiliter exercere*)[2]. Com efeito, o proprietário do prédio dominante pode praticá-la sôbre o serviente, dentro dos estritos limites das necessidades de seu prédio, rigorosamente determinados pelo conteúdo específico do tipo de servidão. O princípio é conexo com a tendência do direito romano de favorecer a liberdade, não só das pessoas, mas também das coisas. É a razão de a *servitus* não se presumir [3].

As servidões se afirmam lògicamente como direitos *indivisíveis,* pois proporcionam utilidade ao prédio só quando integralmente exercidas. O direito de passagem pelo terreno vizinho não tem sentido nem utilidade quando, dividido o terreno entre dois proprietários, êsse direito pudesse exercer-se por um dêles só em parte. Portanto, se o prédio serviente fôr dividido entre mais proprietários, a servidão gravará na íntegra cada prédio dos condôminos; e anàlogamente, dividido o prédio dominante, cada condômino poderá exercer por inteiro a servidão que lhe cabia. Daí o dizer-se que *servitutes dividi non possunt* e que *per partes servitus imponi non potest sed nec adquiri* [4]; i. é, as servidões são indivisíveis e uma servidão predial, quer ativa quer passivamente, não se pode constituir senão com a intervenção de todos os proprietários de cada um dos prédios.

As servidões prediais correspondem a tipos definidos e determinados de utilidades que um prédio pode proporcionar a outro. Fora dêstes tipos, o *ius Quiritium* não reconhece *servitus.* Distinguem-se em servidões rústicas (*iura praediorum rusticorum*) e urbanas (*iura praediorum urbanorum*), segundo o caráter do prédio dominante, se se trata de prédio rústico ou urbano. Urbano é o prédio, se *aedificium;* rústico, se terreno ou campo. Porém o critério da distinção aparece oscilante nas fontes, porque as diversas servidões foram enquadradas num ou noutro tipo, consoante às contingentes origens de cada uma.

1. D. 8, 2, 28 Paul.
2. C. 3, 34, 9 Diocletianus (ano 293).
3. D. 8, 1, 9 Cels.
4. Cf. D. 8, 3, 32 Afric.

(a) São servidões rústicas: (I) As quatro mais antigas que, pela importância para a economia dos prédios itálicos, foram consideradas *res mancipi*. São: o *iter*, ou direito de passar a pé ou a cavalo pelo terreno alheio; o *actus*, ou o direito de conduzir o gado e de passar com carros; a *via* ou o direito de passagem do modo mais lato possível, mesmo transportando e arrastando materiais; o *aquaeductus*, que é o direito de conduzir a água do terreno alheio ou através dêle para o terreno próprio[1]. (II) Rústicas são também a *servitus aquae haustus* i. é, o direito de buscar água à nascente do terreno vizinho; a *servitus pecoris pascendi*, o de apascentar o gado próprio no terreno alheio; o *pecoris ad aquam adpulsus*, ou o de fazer abeberar o gado no terreno alheio; a *servitus calcis coquendae*, o de queimar a cal; a *servitus arenae (ou cretae) fodiendae*, o de tirar areia (ou argila); *servitus lapidis eximendae*, que é o de explorar o pedregulho.

(b) As servidões urbanas são conexas com as necessidades citadinas e podem ser relativas à construção dos edifícios: a *servitus cloacae* é o direito de fazer passar pelo prédio alheio canos de esgôto; a *servitus stillicidii* e *fluminis*, pela qual se pode deixar escorrer a água pluvial do telhado sôbre o prédio serviente; a *servitus tigni immittendi* é o direito de imitir traves e materiais no prédio alheio; a *servitus oneris ferendi* é o de apoiar o muro no muro ou pilar alheio; *servitus altius (non) tollendi*, que importa a faculdade (ou a proibição) de construir e levantar edifício; *servitus ne luminibus (prospectus) officiatur* veda obstruir as aberturas ou tirar a vista do vizinho.[2]

A categoria das servidões prediais se estende por obra do direito pretoriano, que reconhece a possibilidade de constituir outras servidões à semelhança dessas típicas, do *ius civile*. No direito moderno, qualquer utilidade que um prédio venha a proporcionar a outro pode ser objeto de servidão predial.

Outras classificações das servidões derivam dos intérpretes do direito romano; as regras acerca da aquisição e extinção das servidões variam segundo seu tipo.

a) Positivas e negativas. As primeiras se concretizam no direito de usar de qualquer modo do terreno alheio; as segundas consistem em tirar ao proprietário do prédio serviente o livre uso dêle.

---

1. D. 8, 3, 1 pr. Ulp.: *Servitutes rusticorum praediorum sunt hae: iter, actus, via, aquaeductus. Inter est eius eundi, ambulandi homini, non etiam iumentum agendi. Actus est ius agendi vel iumentum vel vehiculum. Itaque qui iter habet, actum non habet, qui actum habet, et iter habet etiam sine iumento. Via est ius eundi et agendi et ambulandi: nam et iter et actum in se via continet. Aquae ductus est ius aquam ducendi per fundum alienum.*

2. Inst. 2, 3, 1: *Praediorum urbanorum sunt servitutes, quae aedificiis inhaerent, ideo urbanorum praediorum dictae, quoniam aedificia omnia urbana appellantur, etsi in villa aedificata sunt. Item prediorum urbanorum servitutes sunt hae: ut vicinus onera vicini sustineat; ut in parietem eius liceat vicino tignum immittere; ut stillicidium vel flumen recipiat quis in aedes suas vel in aream, vel non recipiat: et ne altius tollat quis aedes, suas ne luminibus vicini officiatur.*

b) Contínuas e descontínuas. A servidão é contínua quando a possibilidade de seu exercício contínuo independe do fato humano, como a maioria das relativas às águas; é descontínua quando se exerce sòmente mediante um fato atual do homem, como tôdas as de passagem.

c) Aparentes e não aparentes. As primeiras se revelam por obras exteriores, como uma porta, uma janela, um aqueduto; as segundas não têm sinais visíveis de existência, como a de não levantar mais alto.

Assim, é contínua e aparente a de levada d'água; contínua e não aparente, de não levantar o edifício mais alto; descontínua e aparente a de trânsito por caminho aberto no terreno; discontínua e não aparente, a de tirar água ou a de trânsito, sem caminho visível.

§ 79 — Aquisição, proteção e extinção das servidões prediais.

As servidões prediais, protegidas pelo direito quiritário, podem adquirir-se segundo as formas ou os modos que tal direito comporta.

São essas formas as seguintes:

(I) A *mancipatio servitutis* para as quatro servidões prediais, *res mancipi* [1]; e a *in iure cessio,* para tôdas as outras do direito quiritário. Êstes atos os pode praticar só o *dominus ex iure Quiritium* e se a servidão estiver situada em solo itálico. Em caso diverso, o pretor permitiu constituir direitos análogos às servidões quiritárias *pactionibus et stipulationibus,* i. é, com pactos e estipulações[2]; o pacto determinava os limites do direito e a *stipulatio* substituia a *traditio,* que nas servidões, coisas incorpóreas, não era admissível em princípio [3]. No direito justinianeu, que eliminou a *mancipatio* e a *in iure cessio,* como também a distinção entre fundos itálicos e provinciais, êste modo de se constituírem as servidões, por pactos e estipulações, se tornou geral; e para impor uma servidão bastava apenas o consentimento, mesmo tácito. Há em tal caso a *quasi traditio servitutis.*

(II) A *deductio,* quando quem aliena um prédio por *mancipatio, in iure cessio,* e, no último período, também só por *traditio*, reserva, em benefício de outro prédio seu, um direito de servidão. A *deductio* pode ser feita também mediante legados com efeitos reais (*legatum per vindicationem*).

(III) A *adiudicatio,* pela qual o juiz, em ação divisória, constitui servidão em favor ou a cargo dos prédios divididos entre as partes.

(IV) O usucapião. Uma *lex Scribonia,* do último século da República, vedou a aquisição de servidões mediante a posse continuada. Na verdade sendo as servidões *res incorporales,* não é possível possuí-las e portanto nem usucapí-las [4] Justiniano, admitindo a posse de direitos,

1. Gai., 2, 20.
2. Gai., 2, 32.
3. Gai., 2, 28.
4. D. 41, 3, 4, 28 Paul.

as servidões podem adquirir-se, exercendo-se o direito respectivo por dez anos entre presentes e vinte entre ausentes, como se dá com os imóveis.

O proprietário do prédio dominante pode obter o reconhecimento da servidão mediante a *vindicatio servitutis,* ação pela qual o autor afirma o seu direito contra qualquer proprietário do prédio serviente, que negue a existência da servidão. Justiniano denominou a ação *actio confessoria*, em oposição à *actio negatoria,* pela qual o proprietário de um prédio afirma contra qualquer a inexistência de um direito alheio sôbre a coisa. Para as servidões de direito pretoriano, provàvelmente, o pretor concedia uma *actio in rem utilis.* O exercício de fato, nas servidões, é protegido contra as turbações e os impedimentos de outros, mediante numerosa série de interditos.

As servidões prediais se extinguem:

(I) Pela destruição do prédio serviente ou do dominante. A mudança de condições do lugar determina a extinção da servidão, se se lhe impossibilita o exercício.

(II) Por *confusio*, que é a reunião dos dois prédios sob o domínio do mesmo dono. A norma deriva do princípio *nemini res sua servit.*

(III) Pela renúncia (*remissio servitutis*). Não é suficiente a vontade unilateral do dono do prédio dominante. Era necessário um processo fictício: o proprietário do prédio serviente intentava uma *actio negatoria* contra o do prédio dominante, e êste não contestava a afirmação do autor, de que o prédio estava isento de qualquer ônus.

(IV) Pelo não-uso. Não se exercendo a servidão durante todo o tempo estabelecido para o usucapião, i. é, dois anos a partir do último ato de exercício, o prédio serviente livra-se do ônus que o grava. Nas servidões urbanas consistentes numa inatividade, p. ex., não levantar mais alto o edifício, não impedir a vista etc., naturalmente o não-uso por parte do proprietário do prédio dominante não lhes acarreta a extinção, por ser objetivamente impossível estabelecer se houve ou não uso. Daí o exigir-se que o proprietaráio do prédio serviente possua o prédio continuadamente, de modo tal que sua posse seja incompatível com a existência duma servidão sôbre o mesmo (*usucapio libertatis*); p. ex., tenha levantado o edifício, não obstante a *servitus altius non tollendi*, e tal construção não tenha sido contestada durante todo o tempo necessário ao usucapião[1]. Tratando-se de servidões rústicas negativas ou servidões urbanas positivas, é discutido se a exigência ou não da *usucapio libertatis* subsiste semelhantemente, baseada não em princípios lógicos, mas apenas na distinção formal entre servidões rústicas e urbanas.

---

1. D. 8, 2, 66 Gai.: *Non omnimodo pereunt non utendo, sed ita si vicinus simul libertatem usucapiat.*

§ 80 — Usufruto e direitos análogos

Servidões pessoais são direitos reais sôbre coisa alheia, em virtude dos quais esta proporciona uma utilidade a uma determinada pessoa. Tais são o usufruto, o uso e a habitação.

Ususfructus est ius alienis rebus utendi fruendi salva rerum substantia[1], o usufruto é o direito de usar e gozar das coisas alheias, salva a substância delas. O dono da coisa se chama nu-proprietário (*proprietarius*); o titular do direito real sôbre a coisa alheia, usufrutuário.

Da definição decorre: (I) o usufruto é um direito sôbre coisa alheia. Pois o proprietário da coisa, embora tenha a respeito dela, além de outros, os poderes do usufrutuário, exerce-os como proprietário: *nemini res sua servit*; (II) o usufrutuário tem o uso e gôzo da coisa. *Uti frui* significa por igual fruir a utilidade e os frutos da coisa: *fructus sine usu esse non possunt*[2]. O uso não importa a posse, no direito clássico[3] mas só a detenção da coisa; (III) *salva rerum substantia:* o usufrutuário não pode modificar a cultura de um terreno, alterando-lhe a função econômica; só o proprietário pode usar da coisa, contra a sua função natural.

Em princípio o usufruto pode recair apenas sôbre coisas inconsumíveis, pois deverão ser restituídas ao dono no estado em que se achavam no início do usufruto; e por outro lado, sòmente as coisas que se não destróem pelo uso podem ser fruídas, conservando-se-lhes inalterada a substância. Mas um senatusconsulto dos primeiros anos do Império, admitiu o *quase-usufruto* ou usufruto *irregular* sôbre coisas consumíveis. No quase-usufruto o usufrutuário adquire a propriedade da coisa, ficando obrigado a restituir, findo o usufruto, o equivalente em gênero e qualidade e quantidade. O usufruto pode recair também sôbre créditos e mesmo sôbre um patrimônio que compreenda créditos e dívidas.

Diz-se que o usufruto é um direito pessoal, no sentido em que é constituído, não como as servidões, em benefício de um prédio, mas em proveito de uma pessoa. Portanto não pode durar além da vida desta. A razão disto é indicada por Justiniano, que afirma ser inútil a propriedade gravada por um usufruto perpétuo (*inutiles... proprietates semper abscedente usufructu*)[4] que, pelos poderes que confere ao seu titular, quasi faz desvanecerem-se os direitos do proprietário. No caso de o usufruto pertencer a pessoas morais, cuja vida é independente da humana, Justiniano limita-lhe a duração a cem anos.

Do caráter pessoal do direito do usufrutuário decorre-lhe a consequência que não pode ceder o usufruto, mas apenas o *exercício* dêle;

1. D. 7, 1, 1 Paul.; Inst. 2, 4 pr.
2. Paul. 3, 6, 24.
3. Gai. 2, 93.
4. Inst. 2, 4, 1.

por onde, o subrogado no gôzo da utilidade e dos frutos da coisa tem o seu direito limitado pela vida de quem lhe cedeu o exercício.

O usufruto constitui-se por legado, *in iure cessio*[1], e transferência da propriedade da coisa com reserva do usufruto (*deductio*)[2]. Por direito pretoriano se constitui em virtude de pactos e estipulações, como as servidões[3]. O juiz pode adjudicar o usufruto nas ações divisórias. Constitui-se o usufruto por lei (usufruto legal), no direito justinianeu, em proveito do pai sôbre os bens do filho; e em proveito do marido sôbre os bens dotais.

O proprietário costuma exigir a garantia de lhe ser a coisa restituída em boas condições, mediante uma *cautio usufructuaria*, que é uma estipulação pela qual o usufrutuário se responsabiliza pela restituição da coisa no fim do usufruto. A verificação de estar a coisa em boas condições faz-se mediante *boni viri arbitratu*.

O usufrutuário adquire os frutos da coisa por *perceptio*. Ao fim do usufruto, portanto, deve restituir também os frutos separados da coisa frugífera, se não se apossou dêles. As crias dos animais lhe pertencem; mas, os partos da escrava, não se considerando frutos, são do proprietário.

Mediante a *vindicatio ususfructus*, chamada depois *actio confessoria*, o usufrutuário obtém o reconhecimento de seu direito contestado. A *actio negatoria* era dada ao proprietário para repelir quem pretendesse a um usufruto sôbre a coisa. O pretor estendeu as ações *utiliter*.

O usufruto se extingue pelo perecimento da coisa ou pela mudança da condição dos lugares. Além disso, pela *consolidatio*, que é a reunião na pessoa do usufrutuário da qualidade de proprietário, ou também a reunião na pessoa do proprietário, do usufruto, por alienação do usufrutuário. Outrossim, o usufruto desaparece pela morte do usufrutuário, equivalente à *capitis deminutio;* pela renúncia e pelo não-uso como as servidões, e pela recusa de prestar a *cautio usufructuaria*.

Uso. Direito ainda mais pessoal que o usufruto é o uso, *usus;* confere ao titular (usuário) apenas o poder de usar da coisa na medida das suas necessidades pessoais. A faculdade de usar a pouco e pouco se amplia até abranger as necessidades da família do titular, O usuário não pode perceber os frutos restantes: *cui usus relictus est, uti potest, frui non potest*[4].

---

1. Gai. 2, 30.
2. Gai. 2, 31.
3. Gai. 2, 33.
4. D. 7, 8, 2 pr. Ulp.; Inst. 2, 5, 1: *Minus autem scilicet iuris in usu est, quam in usufructu. Namque is, qui fundi nudum usum habet, nihil ulterius habere intelligitur, quam ut oleribus, pomis, floribus, feno, stramentis, lignum ad usum cotidianum utatur: in eoque fundo hactenus ei morari licet, ut neque domino fundi molestus sit: neque his, per quos opera rustica fiunt, impedimento sit: nec ulli alii ius, quod habet, aut vendere, aut locare, aut gratis concedere potest, cum is, qui usumfructum habet, potest haec omnia facere.*

HABITAÇÃO. É o direito sôbre coisa alheia consistente no uso de uma casa para o fim de habitá-la (*habitatio*). Só o titular pode habitá-la com sua família. Justiniano, desnaturando o conceito originário, admitiu se pudesse alugar a casa, objeto do direito de habitação. Cumpre distinguir a *habitatio*, direito real, da locação, direito obrigacional. No primeiro, o titular pode opor seu direito contra todos e não tem, relativamente à coisa, nenhuma obrigação, a não ser a de restituí-la em bom estado; na locação, a relação obrigacional vincula duas pessoas — o proprietário ou locador e o locatário (inquilino), que lhe deve os alugueres. A *habitatio* pode-a conceder só o proprietário da casa; a locação mesmo quem não o é.

Ao uso e à habitação se tentaram assimilar as *operae servorum*, que davam ao titular o direito de tirar vantagens dos serviços de um escravo; e, sob Justiniano, as *operae animalium*, relativamente aos serviços que podiam prestar os animais.

§ 81 — Superfície e enfiteuse.

Os institutos da superfície e da enfiteuse mantêm entre si estreita analogia. Podem ser objetos daquela terrenos destinados à edificação; e desta, terrenos não-cultivados. Todavia, há profunda diferença entre êles, resultante de sua importância econômico-social como da sua origem e desenvolvimento.

A SUPERFÍCIE (*superficies*) é um direito real alienável e transmissível aos herdeiros, que confere ao titular (superficiário) o pleno gôzo da superfície de um terreno alheio a ser construído. O direito se pode transferir quer por ato *inter vivos* quer por ato *mortis causa*.

O rigoroso princípio da propriedade romana, segundo o qual *superficies solo cedit* [1], i. é, o edificado num terreno alheio se torna propriedade do dono do terreno, por acessão, foi solapado pela jurisdição do pretor que, atendendo às necessidades urbanas, permitiu a propriedade do solo separada da superfície. O *ius civile* reconheceu apenas uma locação do terreno para edificá-lo; mas, além da ação pessoal contra o locador, proprietário de um terreno, decorrente do contrato de locação, o pretor concedeu ao locatário da superfície destinada à edificação um interdito contra todos os que o tivessem molestado no seu gôzo [2]. Um meio semelhante de defesa já tivera aplicação para os edifícios construídos em lugar público, dos quais o locatário gozava pagando um foro ao Estado pelo uso do terreno. Com o decurso do tempo foi reconhecida ao locatário uma quasi ação real (*quasi in rem actio*).

---

1. Gai. 2, 73.

2. D. 43, 18, 1 pr. Ulp.: *Ait praetor: "Uti ex lege locationis sive conductionis superficie, qua de agitur, nec vi nec clam nec precario alter ab altero fruemini, quominus fruamini, vim fieri veto. Si qua alia actio de superficie postulabitur, causa cognita dabo".*

Com Justiniano a superfície se torna um direito real, pois ao superficiário lhe assistem os meios jurídicos de defesa *erga omnes*.

O direito real do superficiário, relativamente à superfície, é em substância um direito de propriedade, pois se considera a superfície como uma entidade distinta do solo; relativamente ao solo, pertencente a outrem, é um direito real sôbre coisa alheia (*ius in re aliena*).

A superfície se constitui por contrato (locação, venda, doação) ou por ato de última vontade (testamento, legado).

O superficiário tem o pleno gôzo do edifício, podendo dispor-lhe também da substância. Pode aliená-lo ou gravá-lo. Tem uma reivindicação útil, as ações negatória e confessória e também a *actio publiciana*. A sua posse é tutelada pelo interdito de *superficiebus*, semelhante ao *uti possidetis*.

Por outro lado, o superficiário tem a obrigação de pagar todos os impostos que oneram a superfície e, se não a comprou, ou não houve doação, deve pagar um foro anual (*solarium*) ao proprietário do terreno.

No direito brasileiro, o condomínio por andares é possível, só se o proprietário do apartamento fôr co-proprietário do terreno onde assenta o edifício.

A ENFITEUSE (*emphyteusis*) é um direito real alienável e transmissível aos herdeiros pelo qual o titular (enfiteuta) tem o pleno gôzo de um terreno para cultivar e pertencente a outrem (senhorio).

O nome deriva das palavras gregas *en* + *phyteuo* que significam fazer plantações; mas um instituto romano análogo era já a posse dos terrenos do Estado ou das corporações (*municipia*), de que gozavam os locatários perpètuamente, pagando um foro anual (*vectigal*)[1]. Disputava-se entre os jurisconsultos se o ato era venda, pois atribui um direito *in perpetuum*, ou locação, pois havia o pagamento anual de um foro. O pretor, que com os interditos lhes tutelava a posse, chegou a conceder-lhes uma ação real.

A enfiteuse, especialmente útil aos terrenos não-cultivados, difundiu-se nas províncias de origem grega. Em 474 d. C. o imperador Zeno dissipou as controvérsias dos jurisconsultos clássicos sôbre a natureza jurídica do instituto, considerando-o um direito especial.

A enfiteuse constitui-se geralmente por contrato ou disposição de última vontade. Segundo a constituição Zenoniana, o contrato não é nem venda nem locação, e dá origem a uma ação pessoal do enfiteuta contra o senhorio e uma ação real do enfiteuta contra todos[2].

---

1. Gai. 3, 145. — O princípio da enfiteuse já existe depois das guerras Púnicas; cf. T. Liv., 31, 13: *Consules agnum aestimaturos et in jugera asses vectigal*(es), *testandi causa publicum agnum esse importunos* — Cf. XXXIX, 44: *Et vectigalia summis pretis, ultros tributa infimis locaverant*.

2. Inst. 3, 24, 4.

O enfiteuta tem o direito de usar e gozar amplamente do fundo. Adquire os frutos pela separação. Tem quase todos os direitos do proprietário, podendo gravar a coisa de ônus reais. É obrigado porém, para com o dono, a manter em bom estado o terreno, mesmo a melhorá-lo, e a pagar um foro anual. Além disso, o enfiteuta que quer alienar a enfiteuse deve avisar prèviamente o senhorio que tem preferência sôbre os outros compradores, nas mesmas condições (direito de opção, *ius protimeseos*). Enfim, o enfiteuta alienante deve pagar ao senhorio o *laudemio,* i. é, dois por cento sôbre o preço da venda, que é como uma sisa, à qual não pode evadir-se em virtude do direito de opção do proprietário.

A enfiteuse extingue-se pelo modos de extinção comuns aos direitos reais sôbre coisa alheia, i. é, confusão, renúncia, destruição da coisa e além disso por devolução, i. é, no caso (comisso) de o enfiteuta não pagar por três anos consecutivos o foro ou os impostos, ou não notificar o senhorio da sua intenção de alienar o direito, ou não pagar o laudêmio. Extingue-se também se o enfiteuta deteriorar gravemente o prédio aforado. No direito romano não é admitido o resgate por parte do enfiteuta.

§ 82 — Direitos reais de garantia.

Os direitos reais de garantia visam reforçar uma obrigação, proporcionando ao credor a possibilidade de obter a realização do crédito, mediante uma coisa. À obrigação do devedor para com o credor acresce o direito dêste sôbre uma coisa daquele ou de outrem, em virtude do qual um credor pode pagar-se com a coisa, excluindo os outros.

No desenvolvimento do direito romano há três formas sucessivas de garantias reais: *fiducia cum creditore, pignus, hypotheca.*

(I) A *fiducia cum creditore* consistia numa *mancipatio* pela qual o devedor transferia ao credor a propriedade duma coisa, com o pacto (*pactum fiduciae*) que obrigava o credor a retransferir a propriedade da mesma ao devedor soluto. Esta forma de garantia era pouco prática, por exigir dois atos solenes de transferência da propriedade. Além disso, podia suceder que o credor, tornando-se proprietário da coisa, dela dispusesse transferindo a outros a propriedade com prejuízo do devedor, pois êste, não sendo proprietário, não pode vindicá-la do terceiro adquirente. Em princípio o devedor não tinha o gôzo da coisa, mas o credor costumava deixá-la a título precário ou de locação com aluguel irrisório [1].

(II) No penhor entregava o devedor a coisa ao credor, que ficava obrigado a restituí-la depois de paga a dívida. O credor, não se tornando proprietário, não podia dispor jurìdicamente da coisa: era simples detentor com os meios de proteção possessória. O penhor privava porém

1. Gai. 2, 60.

o devedor do uso e da possibilidade de dispor materialmente da coisa, em prejuízo da economia geral.

(III) À hipoteca, mais perfeita, basta a convenção, ficando a coisa, objeto de garantia, nas mãos do devedor. O instituto surgiu do costume de deixar ao devedor dos foros dum terreno arrendado os instrumentos e meios de trabalho (*invecta et illata*), os quais constituiam a garantia do locador. Êste, em virtude do interdito Salviano (*adipiscendae possessionis causa*) podia tomar posse dêle[1] e depois, pela *actio Serviana*, até reivindicá-lo das mãos de terceiros.

No direito justinianeu, desaparece a fidúcia, sendo as consequências jurídicas do penhor e da hipoteca as mesmas; mas ao passo que no penhor a posse passa ao credor, na hipoteca tal não se dá. No penhor há tradição da coisa (*pignus datum*), na hipoteca não é mister a entrega (*pignus obligatum*).

Proprie pignus dicimus, quod ad creditorem transit, hypothecam, cum non transit nec possessio ad creditorem[2]. Tendo presente estas características gerais, convém tratar do penhor juntamente com a hipoteca, que têm no direito romano a denominação comum de *pignus: Inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt*[3].

O *pignus* difere de todos os outros direitos reais sôbre coisa alheia, por ser acessório de uma obrigação; *i. é*, a sua existência depende da obrigação civil ou natural que garante. Portanto, corre o destino da obrigação; é sob condição ou a prazo, se o fôr a obrigação. Além disso, a garantia que o *pignus* oferece ao credor se estende a todos os acessórios da obrigação (frutos, juros); ao contrário, em caso de redução da obrigação, o penhor e a hipoteca continuam a garantir integralmente a dívida remanescente.

Diz-se que o *pignus* é indivisível no sentido em que a coisa na sua totalidade garante o pagamento da dívida. Se a coisa, objeto do direito real de garantia, for dividida, o credor poderá pagar-se inteiramente sôbre cada parte dela; cada sucessor do devedor é responsável pela coisa na sua totalidade; cada sucessor do credor tem o direito de pagar-se sôbre a coisa.

O penhor e a hipoteca recaem sôbre coisas alienáveis, tanto corpóreas quanto incorpóreas, como sôbre um usufruto, créditos e sôbre o próprio penhor (*subpignus*)[4].

---

1. Gai. 4, 147.

2. D. 13, 7, 9, 2 Ulp.

3. D. 20, 1, 5, 1 Marcian.

4. "O Dir. Rom. permitia hipothecar a própria hipotheca (pignus pignori dari potest): C. 1, 8, 24: Etiam id quod pignori obligatum est, a creditore pignori obstringi posse jamdudum placuit" — Cf. Lafayette, *D. das Cousas*, 433. 6.

Quanto ao modo de se constituir, o *pignus* pode ser:

a) Voluntário, quando derivado de ato entre-vivos ou de última vontade. É mister lembrar que, para constituir-se, o penhor pròpriamente dito supõe a entrega da coisa, ao passo que para a hipoteca é suficiente o acôrdo entre as partes.

b) Judicial, quando o magistrado, condenando um devedor, manda que alguns de seus bens fiquem em penhor para garantir a execução da sentença (*pignus in causa iudicati captum*).

c) Legal, derivado diretamente da lei, em casos particulares; assim, o penhor dos bens dos tutores em benefício dos pupilos, o penhor legal dos bens do marido, para garantir a restituição do dote. A hipoteca pròpriamente dita se desenvolveu de um caso de penhor legal (*invecta et illata*).

Os direitos do credor pignoratício ou hipotecário são os seguintes:

(I) *Ius possidendi*. Havendo a entrega material da coisa, o credor toma-lhe a posse, mas não pode adquirir-lhe a propriedade por usucapião, por faltar a justa causa e a boa fé. Demais *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*[1]. Na hipoteca o credor pode conseguir a posse pelo interdito Salviano e, no direito justinianeu, pela *actio Serviana*. Os frutos do penhor pertencem ao credor só se o permitir um pacto especial (anticrese).

(II) *Ius distrahendi* (ou *vendendi*), direito de vender a coisa em caso de inadimplemento da obrigação; garantido nos primeiros tempos, devia ser expressamente convencionado[2]. No II século d. C., dada a difusão dêste acôrdo, considerou-se implícito na constituição do penhor. Depois de satisfeito no preço da venda, o credor devia restituir o restante (*hyperocha*) ao devedor. Se não achar compradores, o credor pode obter do imperador a propriedade da coisa (*impetratio dominii*), avaliando-lhe o justo preço. O imperador Constantino, visando proteger os devedores dos usurários, no ano 326, proibiu a *lex commissoria*, i. é, o pacto pelo qual o credor não satisfeito podia apropriar-se do objeto do penhor.

(III) *Jus offerendi* (ou *ius offerendae pecuniae*), o direito de o credor hipotecário tomar o lugar de outro credor hipotecário, oferecendo-lhe o pagamento da quantia que lhe é devida. Havendo mais direitos de penhor sôbre a mesma coisa e inexistindo título legal à preferência, há o concurso proporcional dos credores. A preferência importa em o primeiro credor satisfazer-se integralmente, e os demais sôbre o restante. Títulos de preferência podem ser o tempo (*prior in tempore, potior in iure*); o documento, pois, segundo uma constituição do imperador Leão, o penhor constituído por instrumento público ou mesmo parti-

---

1. D. 41, 2, 3, 19 Paul.
2. Gài. 2, 64.

cular, assinado por três testemunhas, prefere aos outros penhores; a natureza do crédito (privilégio), como a dívida de impôsto, o crédito da mulher que pede a restituição do dote. Quando a preferência é baseada no documento ou na natureza da dívida, o tempo do penhor assume importância secundária; os privilégios preferem aos penhores por documento, só se lhes são anteriores.

Pelo *ius offerendi* dá-se a sucessão hipotecária, pois um credor, satisfazendo outro credor que tem preferência, adquire-lhe o título de preferência.

Os modos de extinção do penhor distinguem-se em modos peculiares ao direito de penhor e em modos derivados da extinção da obrigação, que êle garante. Assim o penhor se extingue por perecimento da coisa, por confusão na mesma pessoa das qualidades de credor pignoratício e de proprietário, pela renúncia (*remissio*) e pela prescrição. Por outro lado, dada a sua natureza acessória, o penhor se extingue em todos os casos de extinção do direito de crédito, que êle garante.

III — DIREITO DAS OBRIGAÇÕES

CAPÍTULO I

TEORIAS GERAIS

§ 83 — Conceito de obrigação.

A ordem jurídica, possibilitando ao homem obviar pacìficamente às necessidades sociais, constrói um sistema de direitos e deveres munidos de coação. Assim, reconhecendo ao proprietário o domínio sôbre a coisa, impõe aos outros a obrigação de lho respeitarem; estabelecendo o pátrio poder sôbre os filhos, impõe quanto aos outros a obrigação de não intervirem nas relações de família; garantindo a execução da vontade do testador, constitui todos na obrigação de não impedirem a execução dessa vontade.

Mas a *obrigação* pròpriamente dita tem alcance mais restrito que êstes deveres e onus; pois êstes, no concernente a uma determinada relação, garantida pelo direito, são gerais e de todos os homens. Com efeito, Justiniano nos ensina: *Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*[1].

Nesta definição, talvez derivada das Institutas de Florentino, ressaltam três elementos peculiares ao conceito de *obligatio*. Examinemo-los particularmente.

(I) A obrigação é um vínculo jurídico entre dois sujeitos de direito. Um, sujeito ativo, i. é, o credor (*creditor, reus stipulandi*); outro, o passivo, i. é, o devedor (*debitor, reus promittendi*).

(II) O devedor é rigorosamente adstrito a realizar a solução duma determinada coisa ao credor, i. é, a efetivar a prestação (*solutio*).

(III) A ordem jurídica (*iura nostrae civitatis*) confere ao credor os meios para obter do devedor a solução mediante um sistema de ações legais.

Mas a essência do liame obrigacional aparece mais evidente quando, como aliás fazem os Romanos, o vínculo se considera no seu valor dinâmico. Um texto famoso de Paulo diz: *Obligationum substantia*

---

1. Inst. 3, 13 pr.

non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum aut servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum[1].

O jurisconsulto frisa a contraposição entre direitos reais e obrigacionais, afirmando que a substância das obrigações não faz com que alguém adquira diretamente a propriedade duma coisa ou se torne titular duma servidão, i. é, de um direito real; mas constitui apenas um dever do obrigado, para com o credor, de lhe dar, fazer ou prestar alguma coisa.

A doutrina moderna, examinando mais profundamente a natureza do vínculo obrigacional, indicou nêle dois elementos cronològicamente distintos: um principal — o débito (*Schuld*), o dever que tem o sujeito passivo de realizar a prestação; um elemento subordinado — responsasabilidade (*Haftung*), a afirmação das consequências do não-cumprimento da prestação. Com efeito, o credor não pode constranger fìsicamente o devedor a solver a prestação, pois a ordem jurídica não dá nem pode dar esta possibilidade de fato; por isso o débito é conceptualmente distinto da responsabilidade do devedor. O primeiro determina apenas uma pressão psicológica sôbre o devedor; o segundo origina uma sujeição da pessoa ou coisa do devedor ao credor. A distinção aparece evidente na forma mais antiga da obrigação, o *nexum*, em que o débito recai sôbre o pai de famílias e a responsabilidade sôbre a pessoa do filho dado em garantia; pode-se individuar outrossim no caso em que um terceiro tenha entregue a sua coisa para garantir a dívida de outrem; o proprietário da coisa tem a responsabilidade, pois sofre as consequências do não cumprimento da obrigação pelo devedor, mas êste tem o débito para com o credor. Demais disso, segundo alguns, todos os casos de responsabilidade limitada (*beneficia*) e de obrigação natural permitiriam configurar débitos sem responsabilidade.

§ 84 — Direitos reais e pessoais.

Diferentemente do que se dá com os direitos reais, em que todos têm o dever de respeitar o direito do titular, na obrigação, em princípio, só há uma determinada pessoa obrigada e apenas contra ela se pode intentar a ação para obter a prestação. Nos direitos reais o titular afirma seu poder jurídico sôbre a coisa e, implìcitamente, o dever geral de todos lhe respeitarem êsse direito; êsse último dever desaparece mesmo à nossa consciência, pois se diz haver nos direitos reais apenas uma relação direta entre a pessoa e a coisa. Pelo contrário, na obrigação, o credor poderá obter a coisa só mediante a atividade do devedor.

Por isso a ordem jurídica faculta ao titular de um direito real uma *actio in rem*, pela qual o autor afirma seu direito contra todos (*erga omnes*); nos direitos obrigacionais, o sujeito ativo tem uma *actio in personam*, i. é, dirigida só contra a pessoa do devedor. Os intérpretes

---

1. D. 44, 7, 3 pr. Paul.

dizem que no primeiro caso há um direito *sôbre a coisa* (*ius in re*); no caso da obrigação, o credor tem um direito *à coisa* (*ius ad rem*), i. é, êle obterá a coisa apenas mediante a cooperação do devedor.

Dêsse modo podem assinalar-se várias diferenças entre *os direitos reais* e *os direitos obrigacionais*, chamados também *pessoais* por ligarem pessoas determinadas. 1) O direito real recai direta e imediatamente sôbre a coisa; a obrigação é um vínculo entre duas pessoas, duas partes, dois centros de interêsses distintos. 2) O direito real segue a coisa, seja quem fôr quem com ela se encontre; à obrigação não assiste o direito de sequela. 3) O direito real é sancionado por uma *actio in rem*, i. é, proponível contra todos, pois o domínio e o gôzo, conteúdo do direito, podem ser violados por quem quer que venha a estar em relação com a coisa, sendo que o autor da violação é indeterminado, até que a mesma se consume. A obrigação, ao contrário, é sancionada por uma *actio in personam*, i. é, proponível apenas contra uma pessoa determinada, pois o sujeito passivo da relação é particularizado desde o nascimento do liame, e a violação só por êle pode ser praticada. 4) Não é possível constituir um direito real sôbre coisa não própria; pode-se assumir uma obrigação por um fato alheio. 5) Para fazer nascer um direito real não é suficiente o acôrdo de vontades; a obrigação tem sua fonte mais freqüente no contrato. Poder-se-ia continuar a enumeração; mas evidentemente tôdas as diferenças decorrem do diferente conceito dos direitos reais e pessoais, frizado no texto de Paulo.

§ 85 — Desenvolvimento dos direitos obrigacionais.

O direito das obrigações é sem dúvida a parte mais importante do direito romano, sobretudo por sobreviver substancialmente no direito moderno, mais que qualquer outra. Os direitos reais, os de família, os de sucessão ficaram sempre jungidos ao tronco do direito arcaico, não obstante o seu progressivo desenvolvimento. Os direitos obrigacionais, pelo contrário, consolidaram-se, ao longo dos séculos, num mais perfeito corpo doutrinal. Por isso, sofreu o sistema tal renovação que, pela sua absoluta correspondência com as mais adiantadas exigências sociais, pôde ser absorvido pelas legislações modernas.

É claro, porém, que todo êsse processo formativo não foi repentino; realizou-se por uma fôrça interna conforme às transformações do clima social. Donde o podermos distinguir-lhe as fases em natural correlação com os períodos mais característicos do desenvolvimento do direito romano.

(I) No período do direito quiritário, antes das guerras Púnicas, o sistema obrigacional foi estritamente formalístico, rigoroso, peculiar a uma sociedade primitiva sem variedades de relações. As figuras de obrigações nesta fase, o *nexum* e a *sponsio*, refletem o estado primitivo do direito.

(II) No segundo período, desde as guerras Púnicas até ao fim da República, o sistema sofreu grandes modificações que o adequaram às exigências sociais profundamente transformadas em conseqüência da expansão do domínio romano e do alargamento das relações comerciais. Nesta fase manifesta-se a ação do *ius gentium*, do *ius honorarium*, e o trabalho dos jurisconsultos foi mais intenso e produtivo.

(III) No período clássico os jurisconsultos aperfeiçoam seus meios de análise e síntese e a *cognitio extra ordinem* forma as bases do direito novo, provocando as primeiras fusões entre institutos jurídicos do *ius civile, ius gentium* e *ius honorarium*.

(IV) No período do Baixo Império, enfim, com o desaparecimento das formas solenes e a conseqüente fusão dos diversos institutos jurídicos, a estrutura das obrigações veio a simplificar-se, as várias figuras se unificaram e todo o sistema se orientou para a nova corrente, valorizando ao máximo a vontade das partes.

§ 86 — A prestação.

O objeto da obrigação, como se disse, chama-se prestação. Para os romanos diz-se que a prestação pode consistir num *dare, facere* ou *praestare*[1].

Dare indica o dever de transferir ao credor a propriedade duma coisa ou direito real. Assim, há prestação de dar na venda, em que o vendedor é obrigado a transferir a propriedade da coisa vendida ao comprador; no mútuo, em que o mutuário, tornando-se proprietário das moedas, tem a obrigação de restituí-las ao mutuante credor, de modo que êste adquira por sua vez a propriedade das mesmas. Consistem em geral numa prestação de *dare* as obrigações que recaem sôbre uma coisa indicada pelo número, pêso ou medida (coisas fungíveis). A obrigação de dar importa no dever de deixar a posse ou o gôzo da coisa ao credor (habere licere). Das obrigações de *dare* devem-se distinguir as originadas por um *dare* (contratos reais), que se perfazem pela entrega de uma coisa.

Facere é o dever para com o credor de praticar ou não um determinado ato. Abrange portanto também o *non facere*, não fazer. Encontra-se *facere*, em sentido mais amplo, para designar prestação de qualquer natureza. São exatamente obrigações de fazer, p. ex., a locação de serviços (*locatio operarum*), em que o credor pode exigir do devedor uma determinada atividade; semelhantemente o mandato, em que o devedor se obriga a cumprir determinados atos jurídicos em proveito do credor. Exemplo de obrigações de *non facere* é a de não obstar ao exercício do direito do credor, abstendo-se não só do fato, mas ainda

1. Gai. 4, 2.

de opor qualquer obstáculo jurídico ao livre exercício daquele direito [1]. O *legatum sinendi modo* acarreta obrigação de não fazer.

Praestare é o têrmo geral que abrange qualquer objeto da obrigação, de dar ou fazer. Daí vem o termo moderno *prestação*. Mas, em princípio, *praestare* importa em conceito de garantia (*praes — stare*, i. é, ser garante) e em sentido estrito indica uma prestação acessória ou derivada (*praestare dolum, culpam, evictionem*).

A prestação deve ser *possível, lícita, determinada*. No direito romano a prestação deve ser suscetível de avaliação pecuniária [2], pois a condenação do réu é sempre numa quantia de dinheiro.

Para originar uma válida obrigação a prestação não deve ser impossível. *Impossibilium nulla obligatio* [3]. É fìsicamente impossível, p. ex., quando o objeto não existe. (Alugo-te uma casa já destruída; Vendo um animal reputado vivo e realmente morto). É juridicamente impossível quando o direito veda que a coisa seja objeto de relações jurídicas, p. ex., a venda dum homem livre, a obrigação de constituir usufruto sôbre coisa fora do comércio (*res sacra*). A impossibilidade pode ser relativa só à pessoa do devedor; neste caso a obrigação é válida, pois o devedor se responsabiliza pelo valor em dinheiro.

Ilícita é a prestação contra os bons costumes (*contra bonos mores*); como p. ex., o pacto de não acionar pelo dolo do devedor (*pactum ne dolus praestetur*). O conceito de ilicitude muitas vêzes se confunde com o de impossibilidade jurídica, pois a moral abrange o direito; todavia, em princípio é mais extenso. Assim, a obrigação de não prestar o culto aos antepassados é possível juridicamente, mas ilícita, por ser contra os bons costumes. Acontece mais freqüentemente o contrário, i. é, a prestação é lícita, mas juridicamente impossível; p. ex., o caso em que alguém se obrigue a fazer doação à sua mulher: no direito romano as doações entre cônjuges são vedadas, mas não têm em si nada de ilícito. No direito moderno, os casos de impossibilidade jurídica distintos dos de licitude são mais freqüentes, pois as normas jurídicas são mais especializadas.

A prestação deve ser determinada. O conceito de indeterminação é muito relativo, pois tem vários graus. É mister frisar que a prestação é indeterminada, quando da vontade dos sujeitos, das circunstâncias ou da lei não se pode concluir a existência de nenhum elemento que permita individuar a prestação. Assim, p. ex., não é indeterminada a prestação cuja avaliação é confiada ao arbítrio de um terceiro, como o preço da venda indicado por *bonus vir;* nem é indeterminada a obrigação de pagar um dote não especificado na quantia, pois o dote será determinado pela condição econômica e social do obrigado e dos noivos. Há quem sus-

1. Cf. D. 45, 1, 2, 5 Paul.

2. D. 40, 7, 9, 2 Ulp.: *Ea enim in obligatione consistere quae pecunia lui praestarique possunt.*

3. D. 50, 17, 185 Cels.; cf. Gai. 3, 97.

tente que a prestação não é indeterminada, mesmo se o seu valor fôr estabelecido pelo devedor, segundo um justo critério dêste, excetuando os casos em que isso repugne à natureza do ato, como na compra e venda.

A prestação pode ser divisível ou indivisível. É divisível quando se pode cumprir por partes (*pro parte*) de modo que o conjunto das prestações proporcione ao credor exatamente, na avaliação da utilidade, a prestação total devida. Em caso contrário a prestação é indivisível.

§ 87 — Figuras especiais de obrigações.

Baseando-se em textos romanos, os intérpretes distinguem certas figuras de obrigações que se caracterizam pelas suas peculiaridades atinentes ao objeto do liame (prestação), às pessoas ligadas pela relação (sujeitos) ou à possibilidade de obter a execução coativamente (sanção).

Quanto à prestação, devem considerar-se particularmente as obrigações genéricas, as alternativas e facultativas, as divisíveis e indivisíveis.

Quanto aos sujeitos, são as obrigações ambulatórias, parciais e solidárias.

Quanto à sanção, devemos examinar as obrigações naturais.

Portanto distinguiremos:

§ 88 — Em relação à prestação.

(I) OBRIGAÇOES GENÉRICAS. Chamam-se assim as obrigações que têm como objeto uma coisa determinada pelo gênero, i. é, que faz parte duma determinada categoria de coisas. O conjunto das coisas constitui o *genus*, em contraposição à *species*, que é a individualidade específica da coisa. Assim, p. ex., as coisas indicadas pelo pêso, número e medida (fungíveis) são coisas pertencentes a um *genus*; e quando a prestação duma obrigação recai sôbre elas, a obrigação é genérica. É tal por excelência a obrigação que implica o pagamento duma quantia de dinheiro.

Em princípio, a escolha da coisa objeto da prestação cabe ao devedor; é possível todavia, que, ao contrair-se a obrigação, se deixe expressamente a faculdade de escolher ao credor. No direito clássico tanto o devedor como o credor podem respectivamente prestar ou exigir qualquer objeto pertencente ao *genus*, o pior ou o melhor; no direito justinianeu a coisa escolhida deve ser de qualidade média (*mediae aestimationis*).

Com relação às obrigações genéricas, a regra *genus non perit* significa que não é possível a extinção da obrigação apesar do perecimento do objeto. Isto é verdadeiro quando o *genus* é uma categoria mui ampla de coisas; mas quando, ao contrário, é limitado, é possível perecerem tôdas as coisas de que êle consta. Assim, p. ex., se nos obrigarmos a dar cem quilos de café, é claro que jamais poderá verificar-se a extinção do objeto; mas, se nos obrigarmos a prestar cem quilos de uva duma determinada colheita, poderá dar-se o caso de a colheita inteira ser destruída, desaparecendo portanto assim o *genus* e extinguindo-se a obrigação.

(II) OBRIGAÇÕES ALTERNATIVAS são aquelas nas quais o devedor é obrigado a prestar uma dentre duas coisas distintas igualmente previstas no vínculo. P. ex., o devedor se obriga a dar um cavalo ou cem. Também neste caso, não havendo combinação expressa, a escolha pertence ao devedor, que por princípio geral deve sofrer a condição menos pesada. Além disso, o devedor tem o direito de alterar a escolha (*ius variandi*) até ao pagamento integral; o credor pode alterá-la até o momento em que pediu em juízo (*litis contestatio*) uma das duas coisas. Quando a escolha pertencer ao devedor, no direito justinianeu, embora uma delas seja destruída por caso fortuito, a pessoa obrigada pode libertar-se pagando o valor da coisa destruída.

(III) OBRIGAÇÕES FACULTATIVAS são as em que o credor pode exigir e o devedor deve realizar apenas uma prestação; entretanto, o devedor pode libertar-se dando outra coisa. Para bem entender-se a diferença entre a obrigação alternativa e a facultativa deve-se notar que, na alternativa, são devidas duas coisas alternativamente; na facultativa, apenas uma coisa é devida, mas o devedor pode preferir pagar com outra. Por consequência, na obrigação facultativa, perecendo a coisa, o liame obrigacional se desata, desde que não houve no perecimento culpa do devedor. A contraposição entre as duas espécies de obrigações enuncia-se com as palavras: *una res in solutione* (alternativa); *duae in facultate solutionis* (facultativa).

(IV) OBRIGAÇÕES DIVISÍVEIS E INDIVISÍVEIS.

Em relação à divisibilidade ou não da prestação, são as obrigações divisíveis e indivisíveis. Se não houve especial acôrdo entre as partes, ou se as partes por qualquer causa (p. ex., por sucessão) não se multiplicaram, a obrigação é sempre indivisível, pois o devedor não pode cumprir a prestação parceladamente. No direito justinianeu o credor deve consentir no pagamento parcial, desde que a prestação seja divisível. No caso de os sujeitos se multiplicarem, deve-se examinar se a obrigação é ou não divisível, conforme à divisibilidade ou não da prestação.

A prestação de *dare* é divisível, se referente a um direito real fracionável, mesmo só intelectualmente. Isto sucede em especial quando se trata de propriedade de coisas fungíveis; não se dá, em caso de servidão ou penhor, direitos indivisíveis.

A prestação de *facere* é divisível ou indivisível conforme se considere o resultado da atividade a ser prestada. Êste pode ser uma coisa única, na sua integridade (p. ex., fazer um quadro) ou uma ação continuada e uniforme num certo período de tempo (p. ex., caiar a casa em dez dias) ou uma prestação avaliada em quantia ou medida (restaurar tantos metros de muro).

A prestação de não-fazer é geralmente indivisível, pois não-fazer em parte é fazer, i. é, não cumprir a obrigação de não-fazer; mas a *stipulatio* de não demandar mais (*amplius non agi*) divide-se entre os herdeiros do obrigado de forma que o inadimplemento de um dêles não prejudica os outros.

O problema da divisibilidade da prestação é particularmente importante quando há vários devedores ou vários credores. Sendo a prestação divisível, a obrigação se transforma em várias obrigações parciais; sendo indivisível, a obrigação se torna solidária, quer ativa quer passivamente. Desde a lei das XII Tábuas vigora o preceito que os débitos derivados de obrigação divisível se dividem *ipso iure* entre os co-herdeiros.

§ 89 — Relativamente aos sujeitos.

(I) Obrigações ambulatórias.

A obrigação tem em princípio sujeitos determinados, no sentido em que os direitos e deveres que ela origina não podem respectivamente pretender e dizer respeito senão às pessoas obrigadas. O direito romano, ao contrário do direito germânico que é mais vivo nos sistemas jurídicos anglo-saxônicos e tem vestígios também nas legislações de tipo romanístico, não conhece obrigações entre sujeitos determinados por uma relação jurídica ou uma situação de fato exterior ao vínculo obrigacional. A distinção entre direitos reais e obrigacionais, sempre rigorosa nas fontes, se baseia exatamente na determinação dos sujeitos passivos.

Costuma-se todavia assimilar aos vínculos, que os medievais chamaram *obligationes propter rem* e os modernos denominam "onus reais" ou obrigações ambulatórias e, mais compreensivamente, obrigações com sujeito indeterminado, o caso do *filius familias* ou do escravo que pratica um delito, em que o débito, não podendo gravar o autor que é incapaz, onera quem o tem em seu poder, i. é, o *paterfamilias* ou o dono, no momento em que o prejudicado exerce a ação. Por isso o sujeito passivo da obrigação muda conforme muda a pessoa que tem o poder sôbre o autor. A situação é expressa pela máxima *noxa caput sequitur* [1]. Semelhantemente conexa com a *dominica potestas* é a responsabilidade *de peculio*, que diz respeito ao atual senhor do escravo que lhe foi transferido com o pecúlio.

Às vêzes, mesmo a propriedade é fonte de obrigações: o dono deve permitir ao vizinho ir recolher os frutos *tertio quoque die*, cortar a árvore que se projeta no terreno alheio; tem o dever de não mudar a situação natural do terreno, alterando o curso das águas e o de prestar a *cautio damni infecti* no caso de vício do terreno ou do edifício. A posse e a simples detenção dão lugar à responsabilidade no caso de *actio ad exhibendum*. O possuidor do prédio gravado pela servidão *oneris ferendi* tem o dever de consertar o muro (*reficere parietem*) e a ação *quod metus causa* se pode exercer contra qualquer que tenha adquirido a posse da coisa obtida pela fôrça. A circunstância de não serem êstes vínculos pròpriamente obrigações se manifesta na possibilidade que tem o sujeito de desonerar-se, abandonando a coisa que determina a responsabilidade.

---

1. Gai. 4, 75-79; Inst. 4, 8, 2 e 5.

Os casos são excepcionais e têm inversa correspondência nos direitos reais quando p. ex., a ação *in rem* preenche uma função de ação *in personam*, como na *rei vindicatio* contra quem *dolo desiit possidere*. Por certo a natureza da condenação, sempre pecuniária, assimila direitos reais e direitos obrigacionais.

(II) OBRIGAÇÕES PARCIAIS. Pode dar-se o caso de a obrigação existir entre um credor e vários devedores, de modo que cada um dos devedores esteja adstrito a cumprir em parte a prestação ao credor. Assim por ex., sucedendo ao devedor originário várias pessoas, cada uma é obrigada a pagar ao credor uma parte da dívida.

O mesmo pode acontecer com o credor, pois se várias pessoas juntamente recebem, por parte de um devedor, a promessa de uma prestação, cada um dos credores pode exigir apenas seu quinhão. A pluralidade dos sujeitos dá-se também simultâneamente do lado ativo e do lado passivo, ficando cada devedor e cada credor respectivamente com o dever e com o direito dividido.

Evidentemente nessas obrigações, chamadas parciais (*obligationes plurium pro parte* ou *pro rata*), a prestação deve ser divisível em partes.

Quer inicialmente tenha havido um único devedor ou credor, quer tenha havido uma única estipulação originária, sendo vários os sujeitos e, em definitivo, sendo vários os quinhões, cada um dos quais constitui uma prestação, as obrigações parciais são tantas quantas nas frações do total. Mas pela comum origem do liame obrigacional, que naturalmente pode ter repercussões sôbre o destino de tôdas as obrigações, de ordinário reunem-se e encaram-se juntamente.

(III) OBRIGAÇÕES SOLIDÁRIAS. Também nas obrigações solidárias [1] há pluralidade de sujeitos, mas a prestação é considerada um todo indivisível, i. é, encarada no seu total (*solidum*).

Quando há *solidariedade* ativa, sendo vários os credores (*duo pluresve rei stipulandi*) qualquer dêles pode exigir do devedor a prestação total.

Na *solidariedade* passiva, sendo vários os devedores (*duo pluresve rei promittendi*) qualquer dêles deve pagar a prestação inteira ao credor.

As obrigações solidárias pressupõem o *idem debitum*, i. é, a identidade da prestação devida ou pretendida. Entretanto nas suas modalidades podem existir diferenças quanto aos sujeitos, dos quais um é obrigado ou é credor pura e simplesmente, o outro, sob condição.

---

1. D. 45, 2, 3, 1 Ulp. 47 ad Sab.: *Ubi duo rei facti sunt, potest vel ab uno eorum solidum peti: hoc est enim duorum reorum, ut unusquisque eorum in solidum sit obligatus possitque ab alterutro peti. Et partes autem a singulis peti posse nequaquam dubium est quemamodum et a reo et fideiussore petere possumus. Utique enim cum una sit obligatio, una et summa est, ut, sive unus solvat, omnes liberentur, sive solvatur, ab altero liberatio contingat.*

Além disso a solidariedade pressupõe a *universitas actus,* i. é, a simultaneidade da assunção do liame por parte dos sujeitos. Prescinde-se da *unitas actus* nas obrigações de garantia.

A solidariedade pode ser simultâneamente ativa e passiva, de modo que qualquer credor possa pretender a prestação integral, e, respectivamente, qualquer dos devedores deva pagar a prestação inteira.

Os antigos comentadores do direito romano distinguiam as obrigações *solidárias perfeitas* ou *correais*, em que a *litis contestatio* com um dos devedores extingue a ação; e obrigações *solidárias imperfeitas*, ou pròpriamente *solidárias* em que não pela aceitação do juízo, mas pelo efetivo pagamento, se consuma a ação.

Convém, entretanto, distinguir, quer do lado ativo, quer do passivo, obrigações solidárias *cumulativas* ou *eletivas*.

(a) A solidariedade é cumulativa no caso em que cada credor pode exigir e respectivamente cada devedor deve pagar a prestação inteira, de modo que o pagamento feito a um só ou por um só não solve o vínculo obrigacional, portanto não satisfaz os outros credores e respectivamente não desonera os outros devedores. Isto se verificava nas obrigações por delito estabelecidas pelo *ius civile* em que todos os co-réus pagavam integralmente a pena estabelecida pela lei e todos os prejudicados pretendiam a mesma pena. Dá-se solidariedade cumulativa também por testamento[1].

(b) A solidariedade é eletiva quando se pode pretender e se deve cumprir a prestação uma vez só, de modo que o pagamento da prestação inteira feito a um só credor ou por um só devedor extingue a obrigação, pois satisfaz e respectivamente liberta os outros.

As obrigações solidárias eletivas originam-se da estipulação em que participam vários sujeitos: a fiança, p. ex., no direito romano é uma obrigação solidária eletiva passiva; o *adstipulator* é um credor solidário eletivo. Tratando-se de prestação indivisível, a multiplicação dos sujeitos por sucessão pode ocasionar tais obrigações, quer do lado ativo, quer do passivo. Originam-se obrigações solidárias eletivas por disposição de lei, nas *actiones adiecticiae qualitatis.*

Também a lei estabelece esta forma de solidariedade, quando há vários autores de um delito pretoriano, responsável cada um por tôda a dívida, que porém, paga por um, não existe mais para os outros.

Pela origem comum, reduzem-se ao mesmo tipo das obrigações parciais, mas com um caráter próprio, pois as prestações não constituem parcela de um mesmo todo, mas são desde o início encaradas na sua inteireza.

A unidade da prestação, sempre considerada na sua inteireza, revela a unidade do vínculo que nestas obrigações liga os sujeitos. Por isso as causas de extinção que se referem ao vínculo ou à prestação, como o pagamento, a *acceptilatio,* a novação, têm efeito extintivo para todos

---

1. Gai. 2, 205.

os credores ou todos os devedores; e, pelo contrário, as causas de extinção relativas à pessoa dos sujeitos, como a confusão entre o credor e um dos devedores, o pacto de não pedir (*pactum de non petendo*) concluído em proveito de um dos devedores com alcance pessoal, não operam a extinção do vínculo, e assim embora libertem a pessoa a quem se referem, os outros ficam obrigados.

O liame obrigacional que astringe credores e devedores é independente e diverso da relação que pode haver entre os próprios credores, na solidariedade ativa eletiva, e entre os próprios devedores, na solidariedade passiva eletiva. A respeito desta relação interna o credor que tivesse recebido o pagamento não se responsabilizava para com os outros credores a pagar a cada um dêles sua parte; e respectivamente, o devedor que tivesse pago não podia exigir dos outros devedores o quinhão da dívida de cada um. Era mister que para a ação regressiva houvesse uma relação obrigacional entre os credores, p. ex., uma sociedade, ou entre os devedores, p. ex., o pagamento integral ter sido feito por um dos devedores por ordem dos outros. Porém já primitivamente, em caso de obrigações solidárias que visavam garantir a dívida, houve leis que concederam ao devedor, que tivesse pago por todos, uma ação *regressiva* contra os outros devedores liberados, e é provável fossem concedidas pelo pretor ações *negotiorum gestorum utiles*. No direito justinianeu se conhecem três *beneficia* tutelando o devedor solidário: (a) *beneficium ordinis* ou *excussionis*, mediante o qual o devedor solitário pode ser chamado a juízo após ter sido chamado um outro; o caso mais freqüente é o do fiador que é devedor solidário, mas assim se torna subsidiário; (b) *beneficium cedendarum actionum*, por fôrça do qual o devedor solidário pode subordinar seu pagamento à cessão por parte do credor das ações que tem contra os outros devedores; (c) o *beneficium divisionis*, que torna responsável cada devedor apenas pelo seu quinhão, desde que os outros sejam solventes.

§ 90 — Relativamente à sanção.

• OBRIGAÇÕES NATURAIS. No sistema romano, a obrigação é concebida no ponto de vista da ação; i. é, há *obligatio* se há *actio in personam* que assegure ao credor a realização da prestação. Nas fontes muitas vêzes os têrmos *actio* e *obligatio* têm o mesmo valor.

Segundo esta concepção exatamente se ensina, que se não há uma *actio civilis* não há *obligatio*. Mas em substância são também obrigações aquelas chamadas por Justiniano *obligationes honorariae* ou *praetoriae*, cuja realização no direito clássico é assegurada por uma ação concedida pelo pretor.

Mais difícil parece admitir-se uma obrigação absolutamente desprovida de ação; e êste é o caso das obrigações naturais. Porém, considerando isto, não obstante elas produzirem alguns efeitos jurídicos, são impròpriamente chamadas *obligationes*. São sancionadas por uma exceção e podem entrar em compensação.

É natural a obrigação quando credor e devedor são ligados entre si por um vínculo com causa e estrutura absolutamente análogas às duma *obligatio*, mas que por qualquer motivo de direito não é provido de ação. Na realidade os romanos não tinham um conceito abstrato de obrigação natural; conheciam sem dúvida vários casos reunidos por dois elementos comuns: a falta de ação do credor e a *soluti retentio* [1], exceção do mesmo.

Soluti retentio é a retenção do que foi pago. É o poder que tem o sujeito ativo duma obrigação natural de reter o que o devedor pagou a título de prestação. Portanto, na obrigação natural o efeito jurídico é só eventual, i. é, depende do pagamento feito pelo devedor e se manifesta pelo poder do credor de repelir o devedor que reclama o que pagou. Pode-se por isto dizer que a obrigação natural é sancionada eventualmente por uma *exceptio*.

As obrigações naturais são de duas classes: (I) obrigações naturais que sempre o foram; (II) obrigações naturais que nem sempre o foram; são obrigações civis degeneradas.

(I) Obrigações naturais que sempre o foram: (a) a pessoa *alieni iuris* não pode obrigar-se civilmente, mas sim naturalmente; a mulher que casou *cum manu* [2]; o menor nos têrmos do *senatusconsulto Macedoniano;* a menor sob curatela; o pródigo que não pode obrigar-se civilmente sem o consentimento do curador.

(b) O pai de famílias não pode contrair obrigações civis com nenhuma das pessoas sob seu poder [3] porque não há igualdade entre partes; pode entretanto contrair obrigações naturais [4].

(c) Há certos pactos que geram obrigações naturais: o pacto *de non petendo*, em virtude do qual o credor se obriga a não acionar o devedor, apesar de vencida a obrigação. Por ex., a dívida se vence no dia 30; mas o devedor faz um pacto com o credor pelo qual êste se obriga, vencida a dívida, a não acionar aquêle. Suponhamos que, vencida a obrigação, o credor não esperou o prazo, quer dizer, não cumpriu o pacto. O devedor não pode tomar a iniciativa de propor uma ação; mas, acionado, pode defender-se com uma *exceptio*.

(II) Obrigações naturais que nem sempre o foram: (a) tôdas as obrigações do que sofreu a *capitis deminutio*. Depois de sofrida a *capitis deminutio*, tôdas as suas obrigações civis passam a ser naturais.

---

1. Gai., 3, 119 a: fiança duma obrigação natural. *Naturales obligationes non eo solo aestimantur, si actio aliqua eorum nomine competit, verumetiam eum soluta pecunia repeti non potest: nam licet minus proprie debere dicantur naturales debitores, per abusionem intellegi possunt debitores et qui ab his pecuniam recipiunt debitum sibi recepisse*. D. 46, 1, 16, 4, Jul.

2. Gal 3, 104.

3. Gai. 4, 78.

4. D. 44, 7, 14.

(b) Quando numa demanda o processo chega à *litis contestatio*, esta extingue tôdas as obrigações civis que deram origem à demanda. Por outras palavras, o acionado será, depois da *contestatio litis*, condenado em virtude de uma nova obrigação natural.

(c) A do juiz que prevaricou: se deu sentença injusta, não subsiste a obrigação civil do devedor, mas persiste a natural.

Todos os efeitos da obrigação natural derivam dêste princípio: tôda obrigação natural não gera ação, mas poderá produzir os efeitos que produz a obrigação civil, quando o devedor de uma obrigação natural a executa voluntàriamente. Esta execução do devedor não é uma doação, porque se trata da execução de um dever moral. Supõe que, se o credor quisesse, não teria nenhuma ação contra o devedor. Ao invés, sucede que quem paga o que não deve pode repetir o pagamento (*condictio indebiti*). Na obrigação natural o devedor que pagou não tem a *condictio indebiti*, i. é, o direito à repetição. Uma obrigação natural pode ser novada; pode entrar em compensação ou servir de base a uma garantia real ou pessoal, p. ex., um penhor ou uma fiança.

§ 91 — Inadimplemento e responsabilidade.

Quando o devedor não realiza a prestação, para lhe medir a responsabilidade, é preciso examinar se o inadimplemento foi fortuito, determinado por culpa ou em conseqüência de demora no cumprimento da prestação. É mistér, portanto, distinguir o caso fortuito, a culpa e a mora.

(I) *Casus fortuitus* ou *vis maior* (fôrça maior) é um acontecimento natural (terremoto, inundação, naufrágio, morte natural do escravo etc.) ou um fato jurídico (a coisa torna-se *extra commercium*) *cui humana infirmitas resistere non potest*[1]. Em princípio o devedor não responde pelo perecimento fortuito da coisa objeto da obrigação, pois *res perit domino* i. é, o prejuízo com o perecimento da coisa é por conta do proprietário. Na compra e venda, que não transfere de por si só a propriedade, excepcionalmente o *periculum interitus rei* corre logo que o contrato se aperfeiçoa por conta do comprador: *res perit emptori*[2], a não ser que se trate de venda de coisas fungíveis cujos riscos são por conta do vendedor até que as tenha pesado, contado, medido para o comprador. O inadimplemento fortuito da prestação torna a obrigação impossível.

(II) O perecimento da coisa, e portanto a impossibilidade da prestação, pode ter sido provocado por culpa, que é em geral a negligência, i. é, a falta de cuidado. A culpa numa relação obrigacional já existente chama-se contratual, em contraposição à culpa extra-contratual ou aquiliana.

---

1. D. 44, 7, 1, 4 Gai.
2. Inst. 3, 23, 3.

Com relação à gravidade, a compilação de Justiniano distingue vários graus de culpa: (a) *culpa lata*, chamada também *nimia negligentia*, consistente em se não compreender aquilo que todos compreendem: *lata culpa est nimia negligentia, id est non intellegere quod omnes intellegunt*[1]. Aproxima-se muito do dolo, i. é, a deliberada intenção de prejudicar a outrem. Quando a relação obrigacional redunda apenas em proveito do credor, a responsabilidade do devedor é limitada à *culpa lata*.

(b) *Culpa levis* consiste em não observar, no cumprimento da obrigação, o cuidado que teria um homem médio e normal, o tipo abstrato do *bonus paterfamilias*. Êsse grau de culpa é chamado também *culpa in abstrato*, em contraposição à *culpa in concreto* a qual é medida pelo cuidado que, na espécie, o indivíduo costuma aplicar às suas coisas (*diligentia quam suis rebus*).

Conforme a culpa se concretize num fato ou numa omissão, será culpa *in faciendo* e *culpa in omittendo*.

Dadas as alterações por que passaram as fontes, não constituem matéria pacífica os casos em que a responsabilidade do devedor seja limitada por um ou outro grau de culpa. Parece que, em princípio quando a relação obrigacional é constituída no interêsse exclusivo do devedor, ou no do devedor juntamente com o credor, a responsabilidade se estenda até a *culpa levis*. Porém entre co-herdeiros, sócios, no depósito, na restituição do dote, o devedor é responsável nos limites da *culpa in concreto*, que naturalmente na espécie pode resultar mais grave que a *culpa in abstracto*.

(III) *Mora* significa demora. Na terminologia jurídica é a demora no cumprimento da prestação imputável, como culpa, a um dos sujeitos da obrigação. Distingue-se a mora do devedor e a do credor. A mora do devedor se verifica quando, interpelado para realizar a prestação, não o fêz. Nas obrigações derivadas de delito e nas obrigações a prazo, não é necessária a interpelação, pois *dies interpellat pro homine*. Nestes casos se diz que é a *mora ex re*, distinta da *mora ex persona* em que é preciso a interpelação.

A mora do credor se verifica quando êste se recusa a aceitar o pagamento. A mora cessa (*purgatio morae*), no direito clássico, no referente aos fideicomissos e alguns tipos de legados[2], oferecendo o devedor o exato pagamento ou recebendo-o o credor.

A mora culposa produz os seguintes efeitos: (a) perpetua a obrigação; i. é, enquanto a obrigação não fôr satisfeita, permanece. O responsável pela tardança não pode alegar perda da coisa, por caso fortuito, senão provando que a coisa teria perecido ainda se a tivesse pago; (b) o sujeito em mora responde por todos os lucros que a outra parte podia ter tido e não teve, por causa da tardança (lucros cessantes); além disso, responde pelos prejuízos causados à outra parte (danos emergentes).

1. D. 50, 16, 213,
2. Gai. 2, 280

§ 92 — Extinção das obrigações.

O liame obrigacional tem caráter transitório, pois se dissolve desde que, com a satisfação do credor, libere-se o devedor. O vínculo se desata não sòmente pelo pagamento, mas também por outros fatos jurídicos. Alguns dêles têm alcance geral, outros se referem a tipos particulares de obrigações. Além disso, alguns extinguem a obrigação *ipso iure*, de pleno direito, i. é, o vínculo solve-se pelo direito quiritário, de maneira que o credor já não terá a ação para reclamar o que lhe era devido. Outras vêzes a extinção se dá *exceptionis ope*, em virtude de exceção, i. é, o pretor concede ao devedor, chamado a juízo para realizar a prestação, um meio de defesa (*exceptio*) que repele a prestação do autor, ainda viável por direito quiritário. Esta última distinção, que se baseia na diferente natureza do direito pretoriano e do direito civil, no período justinianeu substancialmente desaparece[1].

Os modos mais importantes de extinção *ipso iure* das obrigações são os seguintes:

(I) A *solutio* ou pagamento consistente na liberação do devedor mediante a exata execução do conteúdo da obrigação, no atinente quer aos sujeitos, quer ao objeto, quer às modalidades de tempo e lugar estabelecidas no liame obrigacional[2].

Quanto aos sujeitos, o pagamento feito por quem quer que seja acarreta a extinção da obrigação: *licere etiam ignorantis invitique meliorem condicionem facere*[3] i. é, é permitido melhorar (pagando) a condição de quem não saiba ou não queira (o devedor). Excepcionalmente, no caso de o credor ter justificado interêsse na prestação a ser feita pessoalmente pelo devedor (p. ex., se estipulou que um famoso pintor lhe pintasse um quadro), deixa de vigorar o princípio. O pagamento deve ser feito ao credor, a não ser que o vínculo obrigacional possibilite pagar vàlidamente a um terceiro (*adiectus solutionis causa*); ou que o próprio credor tenha autorizado outrem (mandatário) a cobrar, liberando o devedor[4].

No referente ao objeto do pagamento, Sabinianos e Proculianos discutiam se, tendo o devedor pago, com o consentimento do credor, um objeto diferente do a que se obrigara (*datio in solutum*), a extinção da obrigação se verifica *ipso iure* ou *exceptionis ope*[5]. Segundo Justiniano, conforme à opinião dos Sabinianos, a dação em pagamento opera de pleno direito[6].

---

1. D. 50, 17, 11: *Nihil interest ipso iure quis actionem non habeat, an per exceptionem infirmetur.*
2. D. 50, 16, 176 Ulp.: *Solvere dicimus eum qui fecit quod facere promisit.*
3. D. 46, 3, 53 Gai.
4. Gai. 3, 110-114.
5. Gai. 3, 168.
6. Inst. 3, 29 pr.: C. 8, 42, 17.

O pagamento deve ser feito no prazo convencionado; aliás dá-se a mora. Se não fôr determinado o lugar em que o pagamento deva ser feito, o devedor pagará onde estiver o credor [1].

(II) O *contrarius actus*, i. é, o ato contrário ou distrato é um modo de extinção das obrigações reconhecido pelo direito quiritário. No direito antigo, para a liberação do devedor não bastava ter havido pagamento, mas era necessário um ato formal correspondente e oposto ao que gerou o liame. Um exemplo nos é fornecido pela *solutio per aes et libram*, que importa na liberação do *nexum* contraído pelo bronze e pela balança. No período clássico, a *solutio per aes et libram* é usada como quitação formal de pagamento em matéria de legados *per damnationem* e de execução de condenação [2].

Semelhantemente a *acceptilatio*, feita quer pela prolação de determinadas palavras solenes, quer redigida por escrito, é o ato correspondente e contrário à obrigação verbal contraída pela pronúncia de palavras solenes [3]; ou à obrigação literal, i. é, assumida em virtude da escrita. Para solver uma obrigação do primeiro tipo, p. ex., uma *stipulatio*, o devedor pergunta solenemente ao credor: "Recebeste?" (*habesne acceptum?*); o credor responde: "Recebi" (*habeo*). Cessa assim o vínculo obrigacional por aceptilação. [4]

A eficácia formal dêste modo de extinção das obrigações determinou, no decurso do tempo, a sua transformação em ato simbólico e abstrato, a que se recorria para proceder à remissão duma dívida, abonando-a (*imaginaria solutio*). Era mister porém que a obrigação a ser extinta tivesse sido correspondentemente contraída mediante a pronúncia de determinadas palavras solenes. Para estender êste prático meio de quitação (*acceptilatio*) a todos os outros tipos de obrigações, não contraídas em virtude de fórmula oral, o pretor Gallo Aquílio, no último século da República, inventou uma fórmula de *stipulatio* (*stipulatio Aquiliana*), pela qual *se podia transformar em obrigação verbal qualquer outro tipo de obrigação*, e depois extingui-la mediante a *acceptilatio* [5].

Algumas obrigações contraídas por simples consentimento (venda, locação) podiam solver-se, independentemente da execução, apenas por acôrdo entre as partes, *re adhuc integra;* i. é, antes de uma delas ter feito a prestação devida. No direito justinianeu se diz inexatamente, que o *contrarius consensus* constitui causa de extinção de todos os

---

1. Não havendo prazo o credor pode exigir o pgto. imediatamente: *In omnibus obligationibus in quibus dies non ponitur, praesenti die debetur.* — D. 50, 17, 14 = C. C. 952.

2. Gai. 3, 173-175.

3. Gai. 3, 170.

4. Gai. 3, 169-172. A aceptilação é *actus legitimus* e não pode subordinar-se a condição ou têrmo, D. 46, 4, 4 e 5.

5. D. 46, 4, 18, 1 Florent.; Inst. 3, 29, 2

contratos baseados no consentimento. Na realidade isto não se aplica à sociedade e ao mandato, que se extinguem ainda pela vontade unilateral de cada parte.

(III) A novação (*novatio*)[1] se define: *prioris debiti in aliam obligationem... transfusio vel translatio, hoc est cum ex praecedenti causa ita nova constituatur, ut prior perematur*[2]. É portanto, a substituição duma precedente obrigação, que se extingue, por uma nova, com o mesmo conteúdo econômico da antiga (*idem debitum*). É preciso exista na segunda obrigação um elemento nôvo (*aliquid novi*), quer quanto aos sujeitos, quer quanto ao objeto e às modalidades do vínculo obrigacional[3].

O credor pode substituir-se por delegação ativa (*delegatio*): *qui delegat solvit*, D. 46, 1, 18, i. é, quando encarrega outra pessoa, por sua vez seu credor, de receber o pagamento; ou por delegação passiva (*expromissio*), quando o devedor encarrega outra pessoa, por sua vez seu devedor, de pagar ao credor. O delegado não representa o delegante, mas é sujeito de uma nova relação obrigacional distinta da primeira [4]. Assim se efetua a transmissão das obrigações.

O *aliquid novi*, quanto ao objeto e às modalidades da obrigação, pode ser muito variado[5]. No direito justinianeu, para evitar dúvidas a respeito de se saber se a nova obrigação extinguiu a antiga ou se à antiga outra se lhe acrescentou, exigiu-se que a intenção de novar (*animus novandi*) se consignasse expressamente no ato, mostrando que houve novação.

A novação se dava mediante uma *stipulatio* que, por seu caráter original de ato abstrato, permitia prescindir da causa e, por isso, da obrigação precedente. A *stipulatio Aquiliana* é em substância uma forma de novação. Semelhantemente, como novação se considera a *litis contestatio*, i. é, o ato mediante o qual se concluiu o processo *in iure*. Com efeito, o dever do réu de sofrer os efeitos da condenação se considera como decorrente do acôrdo formal e processual entre as partes e já não surge da relação jurídica originária geratriz da ação[6]. Dada a necessidade desta forma de novação, a *litis contestatio* se chama *novatio necessaria*.

---

1. Gai. 3, 176-181; 2, 38, 3, 128-130.
2. D. 46, 2, 1 pr. Ulp.
3. Para os Proculianos não se dá novação, se se acrescenta um *sponsor* à obrigação precedente (Gai. 3,176-178).
4. *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui jusserit*. D. 46, 2, 11. Se o delegado é insolvente, o delegatário perde e nada pode contra o delegante. — Ao delegatário o delegado não pode opor as exceções que o delegante (devedor) poderia opor contra o credor (agora delegatário) = princípio da inoponibilidade das exceções: D. 46, 2, 12.
5. Gai. 3, 177.
6. Gai 3, 180-181.

(IV) A impossibilidade da prestação sobreveniente à constituição do liame obrigacional determina a extinção dêste. Não há perecimento do objeto nas obrigações que têm, como objeto, coisa determinada genèricamente (obrigações genéricas): *genus non perit*. Entende-se que a impossibilidade da prestação não deve decorrer de culpa do devedor, pois neste caso vigoram os princípios do inadimplemento (*perpetuatio obligationis*).

Outras causas de extinção *ipso iure* das obrigações são: (V) A morte de uma das partes nas obrigações meramente pessoais, i. é, constituídas em consideração de qualidades dos sujeitos (*intuitus personae*), como a sociedade e o mandato. A obrigação alimentária em princípio não passa aos herdeiros. Também não se lhes transmitem as obrigações derivadas de atos ilícitos do *ius civile* e as mais antigas, de garantia [1]. (IV) A *capitis deminutio* [2], que por direito civil determina a incapacidade do sujeito e por isso extingue as obrigações civis deixando entretanto o vínculo natural [3]. (VII) A *confusio*, i. é, a reunião na mesma pessoa por sucessão hereditária universal das qualidades de devedor e credor, que lògicamente supõem sujeitos diferentes; (VIII) O concurso de causas lucrativas, que se dá quando o credor por um ato de liberalidade adquire por outra via, mas sempre por liberalidade, o direito de crédito quanto ao mesmo objeto; pois a primeira obrigação, tendo preenchido seu fim, se extingue [4].

§ 93 — Modos de extinção exceptionis ope.

(I) A compensação. *Compensatio est debiti et crediti inter se contributio* [5], i. é, a compensação é um balanço entre o débito e o crédito. Antes de Marco Aurélio se admitiam três casos de compensação independente da vontade das partes: a compensação do *argentarius*, i. é, do banqueiro, a compensação do *emptor bonorum*, i. é, do comprador dos bens do dev·dor insolvente, e a compensação nos contratos de boa fé. À parte os dois primeiros casos que Gaio ilustra [6], nos contratos de boa fé o juiz pode entrar em apreciação do quanto deve ser pago pelo réu no caso de sua condenação. Se o réu tiver um crédito contra o autor, poderá defender-se mediante uma *exceptio* que decorre das palavras *ex fide bona* da fórmula da ação, exigindo a compensação. O crédito deve ter causa igual à do débito (ex *pari causa*). Assim, p. ex., se o vendedor propõe ação contra o comprador para obrigá-lo a pagar o preço da coisa comprada, o comprador não pode alegar que o

1. Gai. 4, 113.
2. Com uma fórmula fictícia o pretor fingia que a *capitis deminutio minima* não existira. Gai.3, 84; 4, 38.
3. Gai. indica o efeitc do *ius civile* e o remédio pretoriano, 4, 38 e 80.
4. Gai. 4, 4; Inst. 3, 29, 3; D. 44, 7, 13 Jul.
5. D. 16, 2, 1 pr. Modest.
6. Gai. 4, 64, 68.

vendedor lhe deve uma quantia, p. ex., a título de mútuo. Pois, a causa dos dois contratos, i. é, venda e mútuo, é diferente.

Depois de Marco Aurélio a compensação se permite também nos contratos de direito estrito e é invocada sob forma de *exceptio doli;* ainda é permitida por causa diferente, nos contratos de boa fé. Na legislação de Justiniano a compensação extingue as obrigações *ipso iure,* automàticamente, e o juiz se limita a declarar a compensação verificada entre o débito e o crédito [1].

Para a compensação justinianéia se requer apenas que as dívidas a serem compensadas sejam líquidas e certas. Não é possível a compensação com o fisco e não se compensam créditos adquiridos por violência.

(II) O *pactum de non petendo*[2] é o pacto de não exigir a prestação. Pode ser um pacto puro e simples ou um pacto de não pedir dentro de um determinado prazo. O primeiro origina uma *exceptio peremptoria,* o outro apenas *dilatoria.* Tanto a *acceptilatio* quanto o *pactum de non petendo* servem para extinguir qualquer espécie de obrigação; mas a *acceptilatio* opera *ipso iure,* ao passo que o *pactum de non petendo* opera *exceptionis ope.* Enfim, quando a obrigação é extinta por *acceptilatio,* querendo refazer-se a primitiva obrigação, é necessário nôvo contrato; ao passo que a obrigação extinta pelo *pactum de non petendo* revive por um simples pacto. Cumpre notar que a *acceptilatio* tem eficácia quanto a todos os devedores (solidários e fiadores), ao passo que o *pactum de non petendo* libera o devedor perdoado, mas não os outros devedores solidários.

§ 94 — **Transmissão das obrigações.**

Nos tempos mais antigos, do caráter estritamente pessoal do liame obrigacional decorria que o vínculo era inseparável dos sujeitos, e por isso, intransmissível ativa ou passivamente. O princípio ficou inalterado quanto ao seu enunciado abstrato e teórico [3], mas através de meios indiretos foi-se atenuando até desaparecer no direito moderno, em que vigora o princípio contrário da transmissibilidade das obrigações.

A primeira exceção geral e importante é a em matéria de sucessão hereditária universal: desde que o *heres* se coloca na mesma situação jurídica do morto (*successio in universum ius*) admite-se a transferência dos créditos e das dívidas ao herdeiro. *Non solet stipulatio semel cui quaesita ad alium transire, nisi ad heredem vel adrogatorem*[4]. No que respeita à *adrogatio* e à *conventio in manum,*

1. Inst. 4, 6, 30.
2. Gai 4, 116-119-121.
3. Gai. 3,100. 158; 2, 38.
4. D. 7, 1, 25, 2.

quem adquire o poder (*adrogator, paterfamilas*) sucede apenas nos créditos e não nas dívidas do adrogado ou da mulher, que por *capitis deminutio* se extinguem [1].

Nos atos jurídicos *inter vivos*, a transferência dos créditos de um sujeito a outro se pratica de vários modos. Foi já mencionado o instituto da novação, em virtude do qual à antiga obrigação se substituiu uma nova: a delegação ativa (*delegatio*) implica a mudança do credor [2]. Mas a novação apresenta o inconveniente de exigir a cooperação do devedor, que deve executar a ordem de pagar a outro credor, e o consentimento do cessionário; além disso pela novação a antiga obrigação se extingue, desaparecendo as garantias que lhe podiam ser acrescentadas. Aliás, jurìdicamente, a estipulação novatória não concretiza a cessão de créditos pròpriamente dita.

Para evitar êsses inconvenientes, os jurisconsultos recorreram a um meio de natureza processual: a *procuratio in rem suam*, representação fictícia em que o representante propõe ação na sua vantagem e não poı conta do representado. Com efeito, através da procuração em causa própria, o credor cedente constitui seu procurador o cessionário, o qual, intentando por procuração ação contra o cedido (devedor), obtém do pretor uma fórmula, cuja *intentio* indica o nome do cedente e cuja *condemnatio* assinala o nome dêle próprio, cessionário (fórmula em transposição de sujeitos), a quem o devedor réu será condenado a pagar. Entretanto, o expediente era ainda imperfeito, por se lhe aplicarem as regras do mandato, que se extingue pela revogação ou morte duma das partes; pois, no caso em que, antes da *litis contestatio*, se verificasse uma das duas circunstâncias — a revogação ou a morte, o cessionário mandatário ficava privado da ação para realizar seu crédito. Acresce que o devedor cedido antes da condenação podia pagar ao cedente, exonerando-se da dívida com prejuízo do cessionário, que ignorava o pagamento.

Nas obras dos jurisconsultos imperiais vemos que em alguns casos se concediam *actiones utiles* ao cessionário. O imperador Gordiano estabeleceu que quando o cedente fizesse a cessão, devia notificar o devedor de que doravante o credor era o cessionário [3]. As *actiones utiles* foram multiplicando-se e mais tarde, no direito justinianeu, pela fusão dos sistemas, a cessão de créditos foi admitida como instituto autônomo e independente do mandato. A cessão pode dar-se a título de venda, de dote, de legado, de doação; quando é a título oneroso o cedente deve garantir apenas a efetiva existência do crédito (*verum nomen*), não a exigibilidade dêle (*binum nomen*).

A transmissão das dívidas se praticava também através da novação, por delegação passiva (*expromissio*) ou por meio da *procuratio in*

---

1. Gai. 3, 94: 4, 38.

2. D. 46, 2, 11 pr. Ulp.: *Delegare est vice sua alium reum dare creditori vel cui iusserit.*

3. Cod. 8, 41 (42), 3 pr. (ano 239).

rem suam. Neste último caso porém o cedente devia garantir o pagamento[1].

No direito romano a cessão de créditos litigiosos é perseguida pela *lex Anastasiana* de 506 d. C., que visa perseguir os especuladores, dispondo que o cessionário não pode cobrar do cedido uma importância maior da que pagou ao cedente [2].

§ 95 — Garantias asseguradoras das obrigações.

A ordem jurídica proporciona meios que visam reforçar a posição do credor, assegurando-lhe melhor o crédito direta ou indiretamente. Quando êste resultado se obtém atribuindo-se ao credor um direito real sôbre coisa corpórea, há garantias reais; quando à obrigação principal se acrescenta outra que a reforce, são pessoais as garantias.

Tratamos do penhor e da hipoteca como garantias reais, ao estudarmos os direitos reais. Aqui devemos versar as garantias pessoais. Podem ser muitas e diferentes: são umas oferecidas pelo próprio devedor, outras por um terceiro estranho à obrigação.

As garantias pessoais prestadas pelo devedor são: a *arrha*, a *stipulatio poenae*, o *constitutum debiti proprii*.

As arras, instituto de origem grega, preenchem várias funções. Quando a convenção não é formal, não se pode saber desde quando as partes se consideram obrigadas. Assim, na compra desde o momento em que foram dadas as arras ou sinal, elas se consideram concordes [3] (*arrha confirmatoria*). Além disso, as arras constituem um adiantamento do preço, imputando-se nêle. Mas o sinal preenche também uma função de garantia, pois quer o sujeito ativo quer o passivo da obrigação em caso de arrependimento, o perde em proveito do outro ou o restitui no dôbro (*arrha poenitentialis*).

A cláusula penal (*stipulatio poenae*) é uma obrigação acessória de dar certa quantia de dinheiro em caso de inadimplemento da obrigação principal. É muito usada nas obrigações que tem como prestação um *facere*, pois torna mais fácil determinarem-se os prejuízos imputáveis à parte pela inexecução.

O *constitutum debiti proprii* é uma promessa não formal, em virtude da qual o devedor duma quantia de dinheiro ou de coisas fungíveis se obriga a realizar a prestação principal num prazo determinado[4]. Sendo sua proteção puramente pretoriana, tem o efeito de cumular uma ação pretoriana com uma civil ou mesmo com uma pretoriana. A promessa ficava sem efeito se a dívida principal não existisse. Justiniano admitiu o constituto para qualquer tipo de obrigação, de *dare* e de *facere*.

---

1. Gai. 4, 101.
2. Cod. 4, 35, 22.
3. Gai. 3, 139.
4. Gai. 4, 171.

As garantias pessoais oferecidas por terceiros estranhos à relação obrigacional são o *constitutum debiti alieni*, o mandato de crédito (mandato qualificado) e a fiança nas suas três formas de *sponsio, fideipromisso* e *fideiussio*. Trataremos da fiança no parágrafo seguinte.

O *constitutum debiti alieni* tem os mesmos caracteres do de débito próprio, com a diferença de ser a promessa prestada por quem não é devedor. Também aqui Justiniano ampliou o instituto, assemelhando-o ao *receptum argentarii*.

O mandato de crédito (*mandatum pecuniae credendae*) chamado também mandato qualificado, consiste no encargo atribuído a outrem de dar uma quantia a título de mútuo, de maneira que se o mandatário não obtém depois o reembôlso da quantia emprestada, pode intentar ação contra o mandante (*actio mandati contraria*). No direito justinianeu o mandante é assimilado ao fiador; sendo vários os mandantes, êstes têm o *beneficium divisionis*, i. é, cada um é responsável pelo seu quinhão.

§ 96 — **Fiança.**

O cumprimento da obrigação pode ser garantido mediante uma obrigação assumida por outro devedor. O direito romano conhece três formas dessa obrigação acessória: a *sponsio*, a *fidepromissio* e a *fideiussio* [1].

Gaio nos diz ser muitas vêzes possível certas pessoas se obrigarem por outras perante os credores destas. Chamamo-lhes fiadores ou avalistas; na terminologia romana, *sponsores* ou *fidepromissores* ou *fideiussores*. Essas denominações vêm da forma empregada para fazer nascer a respectiva obrigação. Ao *sponsor* perguntava-se: *idem dari spondes?* e êle respondia: *spondeo*. À *sponsio* podiam recorrer só os cidadãos romanos. Interrogava-se o *fidepromissor* pela fórmula *idem fide promittis?* e êle respondia: *fide promitto*. Enfim para o *fideiussor* empregavam-se diversas formas: *idem fide tua esse iubes? idem dabis? idem facies?*

Segundo as diversas formas, os princípios aplicáveis eram diferentes. A *sponsio* e a *fidepromissio* eram reguladas pelo *ius civile*; a *fideiussio* se ligava a uma instituição de *ius gentium*. Assim, as duas primeiras figuras de fiança caíram em desuso e foram suplantadas pela *fideiussio*.

A *sponsio* e a *fidepromissio*, conforme a antiga natureza, são obrigações puramente pessoais, que não passam aos herdeiros. Se o fiador morre antes de vencida a dívida e não paga, o credor fica sem garantia. Além disso, ambas as formas de garantia se aplicam apenas aos contratos verbais e sua forma abstrata permite sejam válidas, embora a obrigação principal não seja de natureza civil ou também não seja válida. Gaio

1. Gai. 3, 115-127.

lembra que houve muitas leis reguladoras da matéria: Publília[1], Apuléia, Fúria [2], Ciceréia e Cornélia.

A *fideiussio* é a forma mais moderna de fiança. Aplicam-se-lhe as seguintes regras: (I) o *fideiussor* não pode responder por uma dívida maior do que a do devedor principal [3]; (b) nenhum credor pode obter do fiador uma fiança superior a vinte mil sestércios (*lex Cornelia*); (c) a *fideiussio* passa aos herdeiros do fideiussor, que são portanto responsáveis; (d) qualquer espécie de dívida existente pode ser garantida pela *fideiussio;* (e) os fideiussores respondem solidàriamente pela dívida, e cada um pelo total da mesma.

A respeito das relações entre credor e fiador, na origem o fiador é responsável no mesmo grau que o devedor principal (devedores solidários), mas entre fiador e devedor principal não existe, pela simples solidariedade, ação regressiva. No direito posterior com o *beneficium cedendarum actionum* o fiador tem ação regressiva; com o *beneficium ordinis* ou *excussionis* o fiador tem o direito de exigir que sejam primeiro excutidos os bens do devedor principal; com o *beneficium divisionis* o fiador pode exigir que a ação contra êle não vise condenação superior à quantia total dividida pelo número dos outros fiadores solventes no momento da demanda do credor.

A *fideiussio* se extingue como as outras obrigações. Mas, sendo uma obrigação acessória, extingue-se com a extinção da obrigação principal.

§ 97 — Fontes das obrigações.

Chamam-se fontes das obrigações (*causae obligationum*) os fatos jurídicos donde decorre o liame obrigacional.

O direito quiritário conhece figuras determinadas e particulares de *obligationes*, que se não enquadram em categorias gerais e abstratas. No período clássico as fontes das *obligationes* assim se classificam: (a) *contractus;* (b) *delictum* [4].

Contractus é o acôrdo de vontade entre dois sujeitos (*conventio*), que visam gerar um vínculo obrigacional determinado; *delictum* é o ato ilícito, por direito quiritário, que acarreta a obrigação de pagar uma certa pena.

Mas a bipartição não abrange tôdas as possíveis causas de relações obrigacionais. O contrato pressupõe o acôrdo entre dois sujeitos, mas há casos em que a obrigação surge independente do acôrdo, como quando

---

1. O *sponsor* podia propor a *actio depensi* (Gai. 3, 127; 4, 9. 22-171) com caráter executivo (*manus iniectio*).
2. Gai. 3, 121; 4, 22.
3. Gai. 3, 113.126.
4. Gai. 3, 88.

alguém recebe por êrro o que não lhe era devido, e por isso, deve restituí-lo (*condictio indebiti*) ou também quando alguém assume espontânea e ùtilmente a gestão de negócios alheios (*negotiorum gestio*).

No que diz respeito aos delitos, há casos onde o ato ilícito não é reconhecido pelo *ius civile* como gerador de *obligatio;* mas é apenas sancionado pelo pretor.

Pretende-se obviar a deficiência da classificação com um texto atribuído ao próprio Gaio[1], que considera fontes das obrigações: (a) o contrato; (b) o delito; (c) várias figuras de causas, por um certo princípio de direito.

Mas no aspecto doutrinário nem mesmo esta classificação satisfaz, pois, agrupa tipos heterogêneos de obrigações, numa categoria indefinida como é a terceira.

No direito justinianeu faz-se uma quadripartição das fontes das obrigações, a saber: (a) contrato; (b) delito; (c) quase-contrato; (d) quase-delito[2].

A classificação é mais infeliz que a precedente e se pode chamar bizantina, no sentido vulgar do adjetivo. Com efeito, ela abrange nos quase-contratos obrigações sem nenhuma analogia com o contrato, acôrdo de vontade; p. ex., a obrigação do tutor para com o pupilo ou a obrigação do herdeiro de prestar os legados. Por outro lado a classificação, sem qualquer simetria substancial, inclui na categoria dos quase-delitos alguns atos ilícitos de origem pretoriana, que, dada a fusão dos sistemas jurídicos, no direito justinianeu não têm configuração diferente dos *delicta*, atos ilícitos do *ius civile*.

A quadripartição justinianéia é ainda reproduzida em códigos modernos inspirados no código civil francês; outros códigos preferem a tripartição; o legislador brasileiro aproximou algumas figuras de obrigações, de duvidosa classificação, dos tipos mais semelhantes, adotando como fonte o contrato, o delito e, excepcionalmente, a declaração unilateral de vontade (*pollicitatio*) [3].

---

1. D. 44, 7, 1 pr.
2. Inst. 3, 13, 2.
3. *Votum* é a promessa unilateral feita à divindade (D. 50, 12, 2); *pollicitatio* é a promessa unilateral, feita a uma cidade de *opus facere* ou *dare pecuniam* (D. 50, 12). os herdeiros do promitente respondem dentro das fôrças da herança. Parece que a promessa de recompensa obrigasse só quando houvesse ajuste explícito, D. 19, 5, 15. Paul. 2, 31, 24.

Capítulo II

O SISTEMA CONTRATUAL

§ 98 — Desenvolvimento do sistema dos contratos.

Tôda a evolução do sistema contratual romano se deve considerar como a árvore genealógica das modernas figuras contratuais.

Os momentos principais do desenvolvimento correspondem aos períodos mais característicos da evolução do direito romano.

(I) Como todos os atos jurídicos do período quiritário, também os contratos do período arcáico apresentam caráter rigoroso e sacramental. Esta é uma peculiaridade de todos os institutos primitivos, que não concebem atos jurídicos senão baseados em ritos solenes, capazes de atestar-lhes pùblicamente a realização. Pouco importa que as formas não correspondem à vontade dos contraentes; a intenção das partes está materializada nas palavras pronunciadas que são em todo caso decisivas. A Lei das XII Tábuas dispõe: *uti lingua nuncupassit, ita ius esto*.

Esta concepção é consoante ao estado primitivo do direito; a simplicidade das relações que nascem numa sociedade patriarcal. Às formas rigorosas correspondem a odiosa severidade dos institutos delas decorrentes; o *nexum*, p. ex., implica a *manus iniectio* com suas tremendas conseqüências.

(II) As solenidades e as formalidades não puderam sobreviver com todo o seu rigor às guerras Púnicas; pois, as relações entre *cives* e *peregrini* se tornam mais freqüentes, impondo novas normas e princípios que, desenvolvendo-se através da jurisdição do *praetor peregrinus*, constituem uma ordem que se contrapõe nìtidamente a do direito quiritário. *Bonum et aequum, bona fides, aequitas, simplicitas* são as características básicas do *ius gentium*.

Depois da lei Poetelia de 326 a. C., o *nexum* decai; a *sponsio* se transforma em *stipulatio* aplicável aos peregrinos, perdendo com o tempo seus caracteres primitivos, de modo que se pode realizar também em língua grega e com maior liberdade de formas. É o prenúncio da *stipulatio* causal da legislação justinianéia.

Simultâneamente surgem e se desenvolvem novas figuras de obrigações correspondentes às novas exigências da vida cotidiana. *Contractus re, verbis, literis, consensu* são as categorias que abrangem os atos bilaterais de uso mais freqüente, reconhecidos eficazes civilmente. Na verdade, também estas categorias logo se mostram insuficientes às necessidades da praxe comercial; e assim aparece a nova categoria dos contratos inominados, que se afirma através de fecundas controvérsias doutrinais e do reconhecimento civil dos pactos acrescentados aos juízos de boa fé. É um dos marcos mais importantes no rumo da validade jurídica das simples convenções e, por isso, da influência da eqüidade.

(III) Segundo a mesma diretriz, manifesta-se a obra assídua do pretor, que, auxiliado pelos jurisconsultos clássicos, em virtude de seu poder e de seus inexauríveis meios de ação, consegue preencher eficazmente as graves lacunas do ordenamento civil.

Mas o magistrado também faz obra construtiva, pois, exercendo sua jurisdição, não sòmente elimina as iniqüidades do direito antigo, mas também concede proteção às relações que a merecem, segundo a consciência social, e reconhece eficácia jurídica a convenções civilmente irrelevantes. Esta é sem dúvida uma obra de preparação e de criação de novas figuras de obrigações contratuais, que se desenvolverão na época pós-clássica, quando, depois da abolição do processo formular, muitas normas do *ius honorarium* se tornarão de direito civil. *Actiones in factum, formulae ficticiae, actiones utiles, exceptiones* constituem as chaves de tal evolução.

(IV) O desenvolvimento não estaca no período da *cognitio extra ordinem,* durante o qual, pelo contrário, o sistema das obrigações realiza novos progressos, pois as simples convenções se tornam válidas em geral e novas figuras de obrigações sociais recebem validade jurídica. Neste período, outrossim, desenvolve-se a aplicação dos meios que visam permitir a representação, já substancialmente realizada através do processo.

(V) Paralelamente, a queda das formas solenes determina o grandioso fenômeno da fusão de todos os ordenamentos. A fusão, depois de Constantino, se opera de modo vertiginoso e caótico. Dada a profunda crise que afeta êsses tempos movimentados, o direito se torna domínio da praxe forense que, em face do sem número de normas do *ius civile*, do *ius gentium,* do *ius honorarium* e do *ius extraordinarium* pode apenas aproveitar as mais conformes às necessidades coevas. Assim, o direito se unifica e renova, pois as normas mais complicadas e rigorosas vão sendo postas de parte, ao passo que as mais simples e práticas entram definitivamente em uso, dando ensanchas a um direito nôvo.

Em conseqüência destas tumultuosas trasmutações na história jurídica romana, no setor das obrigações contratuais as formalidades perdem a sua eficácia, já não havendo distinção entre *negotia stricti iuris* e *negotia bonae fidei,* nem entre pactos principais e adjetos. O que importa é a *conventio,* i. é, o acôrdo das partes, que se torna elemento

constitutivo e essencial de todos os atos contratuais. Com efeito, viciada de modo essencial a *conventio*, o ato é nulo *ipso iure*, embora tenham sido observadas as formalidades exteriores. Por outras palavras, é a hecatombe de todos os princípios do direito quiritário, desde que os *verba* já não são eficazes sem o efetivo consenso das partes contraentes.

Depois de examinarmos os atos jurídicos obrigacionais do antigo direito quiritário (*nexum* e *sponsio*), trataremos das obrigações contratuais do *ius gentium*, das dos *ius honorarium* e do *ius extraordinarium*, concluindo com o estudo dos contratos que surgiram no período pós-clássico.

§ 99 — Obrigações de natureza contratual do direito quiritário.

Muito pouco conhecemos dos mais antigos vínculos obrigacionais do direito quiritário, o *nexum* e a *sponsio*. Os autores da época clássica lembram-nos excepcionalmente como antiguidades fora de uso e os escritores modernos discutem-lhes a origem, a natureza e as modalidades

(a) *Nexum* [1] deriva de *nectere*, i. é, ligar; indica o liame entre a pessoa do devedor e a do credor. Pode-se dizer que o *nexum* era por certo um ato solene, que se perfazia com as mesmas solenidades da *mancipatio;* e parece ter sido usado para fazer empréstimos de dinheiro.

Para se compreender êsse ato é mister conhecer-se a história da moeda. Passou ela por duas fases: quando não existia cunhada, a moeda era representada por uma barra de metal (*aes rude*); mais tarde surge a moeda cunhada (*aes signatum*), que traz assinalado o seu valor.

Quando ainda a moeda não era cunhada, o *nexum* se fazia assim: deviam estar presentes as duas partes (futuro credor e futuro devedor), perante cinco testemunhas e um libripende ou porta-balança (*libripens*), pessoa encarregada de pesar o metal. Quem realizava o empréstimo (*tradens*) fazia uma pergunta àquele que o recebia (*accipiens*). Conhecemos só o teor da resposta do *accipiens:* "Reconheço que acabo de receber esta importância para pagar num tempo determinado". Assim o vínculo era constituído.

Mas quando a moeda veio a ser o *aes signatum*, i. é, cunhada, não houve já necessidade de pesar o metal. Contudo, continuou a fazer-se a pesagem simbólica, sendo suficiente o *accipiens* tocar na balança com a moeda.

Quando o credor ia receber o dinheiro devido, comparecia com o devedor perante cinco testemunhas e o libripende pesava o metal; assim,

---

1. Varro, de lingua latina 7, 105: *Nexum Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia, Mucius quae per aes et libram fiant ut obligentur, praeter quae mancipio dentur. Hoc verius esse ipsum verbum ostendit, de quo quaerit: nam id aes quod obligatur per libram neque suum fit inde, nexum dictum. Liber qui suas operas in servitutem pro pecunia quam debebat, dum solveret, nexus vocatur, ut ob aere obaeratus.*

com a mesma solenidade contrária era solvida a obrigação (*solutio per aes et libram, contrarius actus*) [1].

A sanção do *nexum* era a *manus iniectio;* i. é, na falta de pagamento o *tradens* tinha o direito de lançar mão do *accipiens.* Ora, a *lex Poetelia*[2] de 326 a. C. suprimiu a *manus iniectio.* Desaparecendo assim a sanção do *nexum*, êste ato solene do direito quiritário caiu em desuso e foi substituído pelo mútuo.

(b) A *sponsio,* diziam os romanos inexatamente, deriva de *sponte* i. é, espontâneamente [3]. O ato era certamente formal e acessível apenas a cidadãos romanos [4]. Em virtude dêle surgia um vínculo de natureza religiosa que subentendia uma *damnatio*, e isso significa que o devedor, ao pronunciar a fórmula necessária à constituição do vínculo, suplicava aos deuses o castigassem se não cumprisse o prometido. O ato caiu logo em desuso e deu origem à *stipulatio.* No direito clássico conhecemos uma forma antiga, que conserva ainda êste nome [5].

§ 100 — O sistema contratual do ius gentium.

O ordenamento do *ius gentium* se foi desenvolvendo principalmente mediante a jurisdição do pretor peregrino, *qui ius dicit inter peregrinos et inter cives et peregrinos,* e foi muito importante para o desenvolvimento do sistema contratual romano. Pois, o *ius gentium* constituia um direito universal, aplicando-se por isso à maior parte das relações comerciais, mais freqüentes entre *cives* e *peregrini.* A maior simplicidade e utilidade do sistema, inspirado nos princípios do *bonum et aequum* e plenamente correspondente às necessidades da prática, exerceram magna influência no *ius civile;* e de tal forma que também o *praetor urbanus* foi aplicando e desenvolvendo normas de *ius gentium,* decidindo entre *cives* lides decorrentes de relações comerciais.

As novas figuras de obrigações que se formaram pelos *ius gentium* fazem parte do direito romano: sua substituição exige os mesmos requisitos de capacidade de agir impostos pelo *ius civile.* Outrossim, tais figuras são a parte mais adiantada do direito romano, pois, ao passo que o *ius Quiritium* é um direito estritamente pessoal, rigoroso, formalístico, o *ius gentium* se impõe como um direito universal, equitativo, despojado de formas.

---

1. Gai. 3, 173-174.
2. T. Liv., VIII, 28: iussique consules ferre ad populum, ne quis, nisi qui noxam meruisset donec poenam lueret in compedibus aut in nervo teneretur: *pecuniae creditae bona debitoris, non corpus obnoxium esset.* Itaque nexi soluti: cautumque in posterum, ne necterentur.
3. Gai. 3, 93 diz que deriva de uma palavra grega.
4. Gai. 3, 92-93.
5. Gai. 3, 116.

Por obra do *ius gentium* se desenvolveram principalmente os atos bilaterais do comércio, i. é, os contratos *re, verbis, litteris, consensu* [1] aos quais mais tarde se acrescentaram os chamados contratos inominados. Todos êstes atos encontraram logo grande favor pela sua praticidade e também porque todos, fora do mútuo, eram *negotia bonae fidei*, nos quais o juiz tinha o poder de avaliar todos os elementos de fato, levando em consideração as exceções opostas pelo réu à pretensão do autor desde que baseadas sôbre razões de eqüidade, embora tais exceções não tivessem sido expressamente intercaladas na fórmula processual da ação correspondente.

§ 101 — Contratos reais.

A categoria dos contratos reais abrange os atos obrigacionais perfeitos mediante a entrega duma coisa, que um dos contratantes faz ao outro, obrigando-se êste a restituir a mesma coisa (*eadem res*) ou outra equivalente (*tantundem*).

Os contratos reais são o mútuo, o depósito, o comodato e o penhor. Gaio se refere apenas ao mútuo[2] e hoje se discute se na época do jurisconsulto os outros três contratos tinham sido já classificados entre os *qui re perficiuntur*, i. é, que se perfazem pela entrega duma coisa. Na verdade, a entrega da coisa opera a transferência da propriedade só no mútuo.

Todos êstes atos nasceram da prática; e antes de serem civilmente reconhecidos (i. é, protegidos por *formulae in ius conceptae*), já existiam como institutos de fato; assim, o pretor os protegia mediante *actiones in factum* [3].

(I) O MÚTUO é o mais antigo e o mais importante dos contratos reais. É um contrato unilateral em virtude do qual uma parte (mutuante, *mutuo dans*) transfere a outra (mutuário, *mutuo accipiens*) a propriedade duma determinada quantia de dinheiro ou de coisas fungíveis, com a obrigação de o mutuário restituir ao mutuante uma quantidade igual de coisas (*tantumdem*) do mesmo gênero e qualidade (*eiusdem generis et qualitatis*). Gaio faz derivar inexatamente a palavra mútuo de *ex meo tuum*, pois o contrato implica a transferência da propriedade das coisas [4].

Para que o mútuo exista é necessária a *datio* (*traditio*), que determina a transferência de propriedade, e o consentimento, causa da *traditio*. A entrega de uma coisa para que se venda, guardando o preço a título de mútuo (*rem vendendam dare*) tem o efeito da *datio;*

---

1. Gai. 3, 89.
2. Gai 3; 90.
3. Gai. 4, 47 diz que o depósito e o comodato podiam ter *formula in factum* ou *formula in ius concepta*. Esta última é posterior no tempo.
4. Gai. 3, 90; cf. D. 12, 1, 2, 2 Paul.

ou também a outorga feita a um devedor, de guardar a quantia que deve, tornando-se mutuário (forma de constituto possessório). O empréstimo de dinheiro alheio não origina mútuo; mas se quem recebeu esteve de boa fé e consumiu a quantia, é acionável por mútuo, pois a *consumptio* está em lugar da *datio*.

A ação sancionadora do mútuo (*condictio*) chama-se *actio certae creditae pecuniae*, quando o mútuo fôr de dinheiro; *condictio certae rei* ou *condictio triticaria*, quando fôr de outras coisas fungíveis. Sendo uma ação *stricti iuris* é provável que o contrato de mútuo tenha derivado do *nexum*, pois como é lógico, caindo em desuso as formas sacramentais e as conseqüências odiosas dêste antigo ato, o vínculo obrigacional devia formar-se mediante o recebimento das coisas entregues, obrigando-se o devedor a restituí-las. Dado êste caráter, a obrigação era inalterável, i. é, não admitia acréscimos nem acessórios inerentes; princípio essencial a um *iudicium stricti iuris*. A obrigação de pagar os juros (*usurae*) devia constituir-se independentemente, mediante uma *stipulatio*, por ser o mútuo por si mesmo gratuito.

Além dêste último mútuo com juros (mútuo feneratício) [1] ocorre lembrar outros tipos de mútuo.

a) O mútuo do senatusconsulto Macedoniano[2]. A história dêsse senatusconsulto é a seguinte: um jovem *filiusfamilias*, chamado Macedo, pediu emprestado dinheiro a um usurário e, não podendo pagar no vencimento, assassinou o pai para entrar na posse da herança. O parricídio repercutiu profundamente no senado e êste expediu em 46 d. C. um senatusconsulto, chamado *Macedonianum*.

Por isso o *filiusfamilias*, devedor de uma soma de dinheiro, sendo executado pelo credor para haver-lhe o pagamento, repele-lhe a ação pela *exceptio senatus consulti Macedoniani*. A exceção não é concedida se o *filiusfamilias* se fêz passar por paterfamilias; se o pai consentiu no empréstimo ao filho e disso tirou lucro; se o filho pediu dinheiro emprestado para estudar. Se o filho tem um *peculium castrense*, é, dentro dos limites do pecúlio, responsável patrimonialmente. Se o filho pagar depois de se ter tornado *sui iuris*, não tem ação para repetir o pago. O mesmo se dá se o pai pagou (obrigação natural).

b) outro tipo de mútuo é o *foenus nauticum* (ou *pecunia traiecticia*) [3], usual no comércio. Muitos comerciantes iam comprar mercadorias na Ásia e para isso tomavam dinheiro emprestado em Roma. O mutuário estava obrigado a pagar quando o navio voltasse ao pôrto de origem. A soma de dinheiro dada para a compra de mercadorias no ultramar e depois vendidas em Roma chamava-se *traiecticia pecunia*.

---

1. Pela lei das XII Tábuas a taxa dos juros era de 1% (unciarium). Depois de várias leis, Justiniano fixou os juros a 6% e proibiu o anatocismo, isto é, a transformação dos juros em capital produtor de outros juros (C. 4, 32, 38).

2. D. 14, 6 *De Senatusconsulto Macedoniano;* Cod. 4, 28.

3. D. 22, 2, 8 Ulp.; D. 22, 2, 9 Lab.

É provável que originàriamente a obrigação de restituir o dinheiro fôsse baseada numa *stipulatio;* mais tarde, considerou-se inerente ao contrato, pois o mutuante assumia o risco do transporte das mercadorias. Daí o serem maiores os juros da *pecunia traiecticia;* Justiniano estabeleceu que não deviam ultrapassar os 12%.

c) O mútuo, chamado na idade média *contractus mohatrae,* consistente em dar uma coisa, com o ajuste de o *accipiens* vendê-la e reter-lhe o preço como empréstimo.

(II) O DEPÓSITO é o contrato real unilateral em virtude do qual o depositante (*tradens*) faz a entrega de uma coisa corpórea ao depositário (*accipiens*), que se obriga a conservá-la e a restituí-la a pedido do depositante.

No depósito não se opera a transferência da propriedade, como acontece no mútuo; com efeito, o depósito não recai sôbre coisas fungíveis e o depositário é obrigado a restituir a própria coisa recebida (*eadem res*). Tem sòmente a detenção da coisa (*possessio naturalis*). O contrato é essencialmente gratuito. Quando se estabelece uma retribuição o depósito se transforma em locação.

Do depósito derivam duas obrigações do depositário: — a custódia ou guarda da coisa que lhe foi confiada; se usa dela pratica um furto de uso [1]; responde por *culpa lata* e por dolo; — restituir a coisa a pedido do depositante, embora tenha sido convencionado o prazo.

O depósito é sancionado pela *actio depositi,* que acarreta a *infamia* [2] e se desdobra em duas ações: a *actio depositi directa,* que sanciona os direitos do depositante; e a *actio depositi contraria,* que sanciona os direitos do depositário decorrentes de despesas feitas com a guarda da coisa. A *actio depositi* pode ser *concepta in ius* ou *in factum;* na primeira há referência à boa fé [3].

Outras figuras de depósito são:

a) Depósito necessário (*depositum miserabile*) é o que se é forçado a fazer por um acidente, tal como um incêndio, uma inundação, uma ruína. Não está sujeito a tôdas as regras do depósito ordinário, desde que o depositante não teve liberdade para escolher o depositário, que é o primeiro que lhe aparece, e que, sendo negligente, ou infiel, responderá com o dôbro. O herdeiro do depositário responde *in simplum,* a não ser que seja pessoalmente culpado.

b) Depósito por seqüestro é o depósito duma coisa litigiosa entre duas ou mais pessoas. O depositário restituirá a coisa à parte que se achar na condição jurídica de poder exigí-la, p. ex., ganhando a lide. Neste caso o depositário é um sequestratário, com a *possessio ad interdicta* da coisa; êle responde com uma *actio in factum.*

---

1. Gai. 3, 196.
2. Gai. 4, 60.
3. Gai. 4, 47.

c) Depósito irregular é o de uma quantia de dinheiro, feito geralmente a um banqueiro, de modo que o depositário possa usar dela e restituí-la quando exigida. Pois neste caso se transfere a propriedade da coisa; o depósito escapa às linhas conhecidas sendo regulado pelas normas do mútuo.

(III) Chama-se COMODATO o contrato real unilateral gratuito, em virtude do qual uma pessoa (*tradens, comodante*) entrega uma coisa corpórea não-consumível a outra (*accipiens, comodatário*) para que use dela e a restitua ao comodante. Geralmente, trata-se de coisas não fungíveis e, segundo alguns, móveis [1].

A entrega da coisa, como no depósito, importa a transferência apenas da detenção (*possessio naturalis*) e não da propriedade, que continua a ser do comodante. Só as coisas corpóreas podem ser objeto do comodato; a coisa deve ser inconsumível, salvo se se combinou o uso da mesma de modo contrário à sua natureza jurídica, como no caso de empréstimo de moedas para exibi-las *ad pompam* ou *ad ostentationem*. Se no comodato intervier uma retribuição, o contrato transforma-se em locação.

Do comodato decorrem sempre obrigações a cargo do comodatário e eventualmente, do comodante.

O comodatário pode usar da coisa emprestada segundo o fim a que se destina; usando-a diferentemente, pratica furto de uso. Deve conservar a coisa como o faria um *bonus paterfamilias*. Conforme o interêsse de uma ou outra das partes, há no comodato uma variação de responsabilidade: se o contrato fôr no interêsse do comodante ou de ambas as partes, a responsabilidade do comodatário se limita ao dolo; se no interêsse do comodatário, ela se enquadra nos limites da *culpa in concreto*. O comodatário deve restituir a coisa com todos os acessórios e frutos.

Existem eventuais obrigações do comodante: é obrigado a indenizar o comodatário das despesas necessárias que tiver feito com a coisa; é obrigado a reparar os prejuízos que o comodatário tenha sofrido, em razão dos defeitos ocultos ou dissimulados da coisa emprestada.

O comodato é sancionado pela *actio comodati in ius* ou *in factum* [2]. A ação tem duas faces: a *actio comodati directa*, intentada pelo comodante, e a *actio comodati contraria*, intentada pelo comodatário.

(IV) DO PENHOR, como direito real do credor pignoratício já tratamos a propósito dos direitos reais. Quanto à sua natureza de contrato, com função de garantir outra obrigação, podemos definí-lo como o contrato real unilateral, em virtude do qual o proprietário ou também o possuidor duma coisa faz a entrega (*datio pignoris*) da mesma ao credor duma obrigação própria ou alheia, que tem o dever de restituí-la quando lhe fôr o crédito satisfeito.

---

1. D. 13, 6, 1, 1 Ulp. (D. 19, 5, 17 pr.): *gratuita habitatio*.
2. Gai. 4, 47.

O devedor do penhor, que é o credor da obrigação principal garantida, tem a *possessio ad interdicta* da coisa.

Para obter a restituição, quem fêz a entrega tem uma *actio pignoraticia directa*. O credor pignoratício tem uma *actio pignoraticia contraria*, no caso de fazer despesas no interêsse de quem constituiu o penhor ou sofreu a evicção da coisa.

§ 102 — Pagamento indevido e condictiones.

Na sua exposição, Gaio, depois de tratar do contrato real do mútuo, discute se a obrigação de restituir o recebido por êrro, i. é, sem ter sido devido, faz parte das obrigações *re contractae*. Pois a ação correspondente é, como no mútuo, uma *actio in personam stricti iuris* (*condictio indebiti*). Mas o jurisconsulto observa que o pagamento visa solver, não contrair uma obrigação [1]. Aliás, à diferença do mútuo, a *condictio indebiti* pode ter como objeto coisas não-fungíveis (*condictio triticaria* ou *incerti*). No sistema justinianeu, que faz ressaltar o elemento consensual dos contratantes, a ação para reclamar o pago por êrro é classificada entre os quase-contratos, pois evidentemente ao pagamento indevido lhe falta a vontade das partes.

Para se propor a *condictio indebiti* é preciso tenha havido *de facto* o pagamento. Além disso, é necessário que o pagamento tenha sido de um *indebitum*. É indevido o pagamento quando não exista a obrigação a ser solvida [2]; até averiguar-se a condição, a obrigação condicional não existe e seu pagamento pode facultar a quem pagou a *condictio indebiti* [3]; diferente é a situação na obrigação a prazo, cujo pagamento feito antes do vencimento não se pode repetir [4]. São casos de pagamento indevido o feito a pessoa diversa do credor ou por pessoa diferente do devedor e não por conta dêste [5].

Não é considerado indevido o pagamento fundado numa obrigação natural, pois quem o recebe, do devedor natural, pode reter o recebido (*soluti retentio*) [6]. Semelhantemente, não é considerado indevido o pagamento feito por quem erradamente se acredita obrigado, em virtude de um dos vínculos que, sendo negado, acarreta uma condenação dupla, i. é: no direito clássico, a *actio legis Aquiliae*, condenação pela *actio iudicati*, *per damnationem* duma coisa certa [7]; no direito justinianeu, o legado a igrejas e obras pias.

1. Gai. 3, 91.
2. D. 19, 5, 5, 1 Paul.
3. D. 12, 6, 16 pr. Pomp.
4. D. 12, 6, 10 Paul.
5. D. 12. 6, 65, 9 Paul.
6. D. 12, 6, 38, 1 Afric.
7. Gai. 4, 9 e 171; 2, 282; Paul. 1, 19,1; Inst. 4, 6, 19.

Sempre é mister tenha havido um real e razoável êrro de fato de quem pagou (*error solventis*). É suficiente a dúvida sôbre se está ou não obrigado a pagar. Se o pagamento não foi por êrro ou *mente titubante* ou *incerto animo,* quem pagou fêz uma doação e não pode repetir o pagamento propondo a *condictio indebiti*[1].

Quem recebe deve estar de boa fé, pois se não estiver, é passível da *condictio furtiva* e o risco do perecimento da coisa corre por sua conta [2]. Esta ação é diferente das outras *condictiones*, porque o autor pode propô-la embora não tenha perdido a propriedade do que pagou.

No direito justinianeu há a possibilidade de se proporem ações fundadas no princípio *iure naturali aequum est neminem cum alterius detrimento et iniuria fieri locupletiorum*[3], i. é, ninguém pode enriquecer-se com detrimento alheio. Poi influência da moral cristã se proibe o enriquecimento ilícito e se admitem outras espécies de *condictiones* (*sine causa*) entre as quais:

(I) *condictio causa data causa non secuta,* que visa obter a restituição duma coisa entregue em troca de outra que não o foi (*do ut des*); ou em troca de um serviço não executado (*do ut facias*). O caso mais freqüente de aplicação é nos contratos inominados [4];

(II) *condictio ob iniustam causam,* que visa obter a restituição do que foi dado por uma causa contrária à lei; por ex. para repetir juros além da taxa legal. No direito justinianeu esta ação é semelhante à

(III) *condictio ob turpem causam,* a ação para obter o que foi dado para praticar ato contrário à moral ou para que o acipiente não pratique ato que deve praticar. Quando a turpitude é de ambas as partes, *in pari causa possessoris melior condicio habeatur* [5]. Assim, não posso repetir de Fulano o que lhe dei para que praticasse um delito; posso pelo contrário propor a *condictio* contra quem fêz um pagamento para impedir-lhe a prática de um delito [6].

§ 103 — Contratos verbais.

Chamam-se contratos verbais (*obligationes verbis contractae*) os que se perfazem mediante a prolação de determinadas palavras. Já vimos que dêste tipo são as obrigações de natureza contratual do direito quiritário (*nexum* e *sponsio*). Neste setor o *ius gentium* operou muitas inovações, pelas quais se foi paulatinamente atenuando o rigor das formalidades orais e modificando profundamente a essência dos atos correspondentes.

---

1. D. 12, 6, 1 Ulp.; D. 12, 6, 50 Pomp.
2. D. 13, 1, 18 Scaev.; pois D. 13, 1, 8,1: *semper moram fur facere videtur*.
3. D. 50, 17, 206.
4. D. 19, 5, 5, 1 Paul.
5. C. 4, 7, 2 Antonius.
6. D. 12, 5, 3. Paul; D. 12, 5, 2 pr.

Gaio enumera entre os contratos verbais a *stipulatio*, a *dotis dictio* e a *promissio iurata liberti*.

(I) *Stipulatio*[1] é um contrato verbal unilateral em que a obrigação de dar ou fazer nasce de uma resposta que o futuro devedor dá a uma pergunta do futuro credor. O que vai ser credor se chama *reus stipulandi*, e o que vai ser devedor se chama *reus promittendi*.

A *stipulatio*, originàriamente do *ius civile*, desde as guerras Púnicas no III e II séculos antes de Cristo, sofreu grandes transformações; a ponto de estender-se aos peregrinos, tornando-se um ato jurídico do *ius gentium*. Por isso foi possível praticá-la pronunciando palavras diferentes das rituais (*spondes? spondeo*), como: *promittes? promitto; dabis? dabo; facies? faciam*. Mais tarde admitiu-se o uso da língua grega e também de outras línguas estrangeiras.

A stipulatio supõe: (a) que o consentimento seja manifestado por ambas as partes (*utroque loquente*), oralmente (*verbis*). Por isso o mudo e o surdo não podem praticar uma estipulação. Dada a oralidade do ato, devem ambas as partes estar presentes. Não é concebível uma *stipulatio* entre ausentes, i. é, que moram em cidades diferentes[2]. Nula é a estipulação cuja execução seja exigível depois da morte duma das partes, a não ser que se faça referência ao momento do falecimento[3]. Em caso da estipulação ser feita para si e para um terceiro, os Sabinianos sustentavam que tôda a prestação cabia ao *reus stipulandi*, como se o nome do terceiro não tivesse sido acrescentado; os Proculianos, pelo contrário, julgavam a estipulação válida pela metade. Justiniano acolheu a opinião dos Proculianos[4]. (b) Entre a pergunta e a resposta deve haver a *unitas actus*, a congruência, i. é, a correspondência entre a interrogação do credor e a resposta do devedor. Assim, p. ex., se originàriamente o credor pergunta por dez e o devedor responde por cinco, o ato é inválido.

Todos êstes requisitos desaparecem no período pós-clássico e justinianeu, quando as palavras já não implicam o fato gerador do vínculo, mas apenas a manifestação da vontade das partes. Uma constituição do imperador Leão, de 472 d. C., considera válida qualquer forma de pergunta e resposta.

A *stipulatio* é certa quando acarreta o dever de *dare* uma quantia (*stipulatio certae pecuniae*) ou de transferir a propriedade ou outros direitos reais (*stipulatio certae rei*).

O costume de redigir um documento escrito para lembrança e para a eventualidade duma prova, difundido desde tempos antigos, determinou que, em caso de estipulações complicadas, o ato escrito fôsse necessário: no documento se atestava terem as partes feito a pergunta e a resposta, embora isso não fôsse verdade. Em face desta situação prática, Justi-

---

1. Gai. 3, 92-95; 3, 97-109.
2. Gai. 3, 136 e 137.
3. Gai. 3, 100; cf. Gai. 2, 232.
4. Gai. 3, 103; D. 45, 1, 110 pr. Pomp.; Inst. 3, 23, 1.

niano dispôs que o documento escrito provasse de modo absoluto a existência da estipulação e assim eliminou completamente a exigência da oralidade. Desde então a *stipulatio* tira a sua eficácia substancial apenas do consentimento das partes.

Adstipulatio [1] é uma estipulação acessória em que há diverso credor do mesmo objeto. Em virtude dela o devedor poderá ser acionado por pessoa diferente do credor principal; permite-se assim indiretamente a validade da estipulação depois da morte dêste. Entre credor principal e *adstipulador* existe solidariedade ativa, cujo vínculo interno é sancionado pela *actio mandati* ou, com efeitos penais, pela lei Aquília[2]. O crédito do *adstipulator* não lhe passa aos herdeiros [3] como no instituto contrário e correspondente da *adpromissio*. Semelhantemente o *adstipulator* não pode tornar-se credor de dívida mais onerosa que a principal. No direito Justinianeu, que admite a estipulação, cujos efeitos se iniciam depois da morte do credor, o instituto desaparece.

(II) Falamos da *dotis dictio* quando tratamos do dote. É uma obrigação verbal *matrimonii causa*. Mediante a *dotis dictio*, o *paterfamilias*, ou a própria filha, sendo *sui iuris*, ou um devedor dela constituia o dote, obrigando-se para com o futuro espôso a pagar uma determinada quantia de bens ou coisas fungíveis[4].

A *dotis dictio* é diferente da *stipulatio* por ser baseada numa pressuposição (o futuro casamento); e só se êste se verifica a pessoa obrigada deverá pagar o dote. A pressuposição é portanto implícita no ato (*condicio iuris*). Além disso, diferentemente da *stipulatio*, parece que se praticava *uno loquente*, i. e, bastava a promessa unilateral formal de quem constituia o dote.

O ato foi abolido por uma constituição de Teodósio de 428 d. C. e substituído pela *stipulatio dotis*. Isto foi possível porque a *stipulatio*, na origem um ato abstrato, que não podia pressupor a condição do casamento, no direito justinianeu, pela fusão dos ordenamentos jurídicos, tornara-se um ato causal, em que se levava em consideração a causa pela qual era praticado.

(III) Chama-se *promissio iurata liberti*, ou também *iusiurandum liberti*, o juramento pelo qual o escravo promete, antes da alforria, prestar certos serviços ao manumissor. O ato se perfaz *uno loquente* [5].

Antes da alforria, o juramento do escravo não gera obrigação, pois não pode êle praticar atos jurídicos válidos. Mas, visto que o escravo participa do *fas* considerou-se o escravo alforriado obrigado por uma como obrigação civil.

1. Gai. 3, 110-114; 3, 117.
2. Gai. 3, 215-216.
3. Gai 3, 114; 4, 113.
4. Gai. 3, 95 a.
5. Gai. 3, 96.

§ 104 — Contratos literais.

Chamam-se contratos literais (*obligationes litteris contractae*) aquêles em que a obrigação resulta da escrita[1].

A origem dêstes atos está nas *tabulae* ou *codex accepti et expensi,* livro de contas particulares onde todo cidadão romano fazia o que chamamos o movimento. No cabeçalho da página do *codex* estava escrito *expensum*, i. é, gasto; no da outra página, *acceptum*, i. é, recebido. Aí o *paterfamilias* consignava todo o movimento econômico da família, assinalando o dinheiro devido e o recebido. Êste movimento diário era depois passado para um livro maior, com as contas do mês, chamado *liber adversariorum*. O conjunto da escrita constituia os denominados *nomina arcaria*.

O liame obrigacional (*nomen transcripticium*) se gerava mediante a inscrição (*expensilatio*) que o credor fazia do seu crédito (*nomen*) no registro. Parece que a inscrição nos livros do credor não era essencial à validade do vínculo.

Dada sua estrutura, o contrato literal podia praticar-se entre ausentes; diferentemente da *stipulatio*, a dívida devia sempre consistir numa soma certa de dinheiro (*certa pecunia*). Além disso, não admitia modalidades acessórias do tipo das condições. O *nomen transcripticium* era usado para operar uma novação objetiva ou subjetiva, gerada respectivamente pela *transcriptio a re in personam* e pela *transcriptio a persona in personam*. Mediante a segunda o credor transfere seu crédito de uma a outra pessoa, assinalando na coluna do *acceptum* ter recebido de Fulano o que, depois, na coluna do *expensum*, escreve dever-lhe Sicrano. Assim apenas com uma escrita e sem nenhum movimento de dinheiro dá-se a novação da obrigação. Com a *transcriptio a re in personam* o credor transforma seu crédito numa obrigação *litteris*, por ex. escrevendo na coluna do *acceptum* ter recebido de Fulano pela venda e na rubrica do *expensum* seu crédito sem causa para com Fulano.

Gaio fala de outras obrigações literais acessíveis aos peregrinos: os síngrafos e quirógrafos. Os institutos são de origem grega. Consistem na assinatura de documentos que atestam uma dívida e valem como ato abstrato.

Mas mui pouco se sabe da história dos contratos literais, que parece terem desaparecido desde o período clássico. A legislação justinianéia assinala inexatamente a *obligatio litteris,* quando há um documento escrito contra o qual se não pode opor a *querella non numeratae pecuniae*. Para esta evolução contribuiu por certo a transformação da *stipulatio* oral em instrumento escrito.

---

1. Gai. 3, 128-134.

§ 105 — Contratos consensuais.

São *obligationes consensu contractae* todos os atos obrigacionais que se perfazem por fôrça do simples consentimento dos contratantes, independentemente de qualquer forma verbal ou escrita e da tradição da coisa.

Trata-se de atos muito importantes, com ampla difusão no mundo romano. São sancionados por *actiones civiles bonae fidei;* quer dizer, que à liberdade da forma usada pelas partes corresponde, no *iudicium*, a plena liberdade do juiz de determinar o conteúdo de tais obrigações *ex bono et aequo*, tendo em conta a efetiva vontade dos contratantes [1].

Dos contratos consensuais decorrem obrigações onerosas para ambas as partes, recìprocamente, *ultro citroque*. Êste elemento, segundo Lábeo, era característico dos contratos, pois o jurisconsulto considerava contratos apenas os consensuais. Mais tarde, reconhecendo-se outros atos obrigacionais sancionados por ações civis de boa fé, e evoluindo a sistemática jurídica do primeiro século do Império, pareceu que o único elemento característico de todos os atos do comércio (constituídos *re, verbis, litteris, consensu*) fôsse a *conventio,* i. é, o acôrdo das partes sôbre o mesmo objeto. Esta doutrina foi exposta elegantemente por Pédio. A interpretação subjetiva dos atos jurídicos obrigacionais recebeu grande impulso da nova orientação.

Uma notável conseqüência prática foi a admitida pela jurisprudência, no atinente aos contratos de boa fé, pela qual os pactos a êles acrescentados desde o início, i. é, *in ingressu contractus*, deviam considerar-se elementos integrantes dos mesmos: *format ipsam actionem* [2]. Isto sem dificuldade se acertou mòrmente porque a *conventio* não exigia para aquêles atos uma forma, que, a ser necessária, teria encerrado de modo definitivo o conteúdo do ato. Além disso, tais pactos adjetos foram reconhecidos porque o *iudicium*, decorrente do contrato principal, era lato, livre e regulado pela eqüidade.

São contratos consensuais: a compra e venda, a locação e condução, a sociedade e o mandato.

(I) Chama-se COMPRA E VENDA (*emptio venditio*) o contrato bilateral, consensual pelo qual o vendedor se obriga a entregar uma coisa ao comprador mediante um preço em dinheiro, que êste se obriga a pagar [3].

Quem vende se chama *venditor*, vendedor, e quem compra *emptor,* comprador. A venda supõe dinheiro de contado. Difere a troca da venda nisto: vender é obrigar-se a dar uma coisa para receber dinheiro; trocar é dar uma coisa para receber outra. Considera-se venda e não locação de serviços o contrato em que o objeto é a entrega de uma coisa por um preço, devendo o vendedor fazê-la com seus materiais [4].

1. Gai. 3, 137.
2. D. 2, 14, 7, 5.
3. Gai. 3, 139-141.
4. Gai. 3, 147.

O que se paga em dinheiro se chama preço; êste deve ser verdadeiro, certo e justo. Preço verdadeiro é o realmente pago. Preço incerto é o arbitrário; preço justo é o auferido no meio onde se vive, conforme o conhecimento dos entendidos.

A venda se aperfeiçoa simplesmente pelo consentimento; tratando-se de coisas genéricas ou de compra e venda condicional, o contrato fica perfeito, respectivamente quando as coisas forem determinadas ou a condição se verificar.

Da compra e venda resulta uma *actio venditi*, ação sancionadora dos direitos do vendedor contra o comprador; e uma *actio empti*, sancionadora dos direitos do comprador contra o vendedor; ambas de boa fé[1] pois a compra e venda produz efeitos relativos tanto ao vendedor como ao comprador.

O comprador é obrigado a pagar o preço e eventualmente os juros desde o momento da entrega da coisa, correndo o risco desde o momento em que se aperfeiçoou o contrato, embora não tenha havido a entrega da coisa (*res perit emptori*) e, por isso, a aquisição da propriedade.

O vendedor é obrigado a entregar a coisa vendida no prazo convencionado. Só depois dessa entrega se realiza a transferência da propriedade. Isto não se dá nas vendas condicionais ou de coisas fungíveis, nas quais a *emptio* não é *perfecta* até o verificar-se da condição ou a pesagem do objeto[2].

Quanto às obrigações do vendedor, decorrentes da venda, merecem particular menção a chamada garantia contra a evicção e a garantia contra os vícios ocultos.

(a) Chama-se garantia contra a evicção a obrigação do vendedor para com o comprador, de garantir que ninguém lhe turbará legìtimamente a posse pacífica da coisa. Quando a compra e venda se fazia sob a forma de *mancipatio*, ao comprador evicto cabia uma *actio auctoritatis*, do duplo do preço, de caráter penal, proponível dentro de um ano, para móveis e de dois, para imóveis. O prazo era igual ao do usucapião, pois lògicamente, expirado o tempo do usucapião, já não havia motivo para considerar responsável o vendedor, dado que o comprador, tendo adquirido a propriedade da coisa, podia repelir a pretensão do terceiro.

Mais tarde costumou-se estipular o duplo do preço, em caso de evicção (*stipulatio duplae*), em se tratando de coisas de grande valor, ou o simples preço (*stipulatio habere licere*) para as de menor valor.

Desde que a compra e venda se tornou um contrato consensual, o comprador evicto tinha contra o vendedor duas ações: a *actio empti*, resultante de pleno direito da compra e venda; e a *actio ex stipulatu duplae*, sancionando a estipulação que o comprador tivesse feito com o vendedor, para as coisas de valor.

1. Gai. 4, 62.
2. É esta a opinião dos Sabinianos aceita por Justiniano, D. 18, 1, 35, 5-6.

(b) Quanto à garantia contra vícios ocultos, da coisa vendida, na época em que a compra e venda se perfazia pela *mancipatio*, o vendedor era responsável apenas no caso em que o terreno itálico vendido não tivesse a área indicada (*actio de modo agri*); e quando o fundo vendido *uti optimus maximus* vinha a suportar uma servidão em favor de outro fundo (*actio auctoritatis*). Mas era uso geral à compra e venda seguir-se uma estipulação do duplo ou do valor da coisa como se fazia para a evicção.

Mais tarde, em virtude da jurisdição dos *aediles curules*, magistrados incumbidos da polícia dos mercados, concederam-se ao comprador leso, no caso de descoberta de vícios ocultos não declarados pelos vendedor, duas ações: a *actio redhibitoria*, para a resolução da venda; a *actio quanti minoris* ou *aestimatoria* para abatimento no preço [1].

O sistema, no direito justinianeu, estendeu-se a tôdas as vendas; e quando hoje se fala em vícios redibitórios é para significar aquêles defeitos ocultos que tornam a coisa imprópria ao uso a que se destina, ou de tal modo frustrânea, que o contrato se não teria realizado se fôssem êles claros.

A compra e venda pode conter modalidades acessórias modificadoras dos efeitos normais do ato. Mais adiante veremos as figuras particulares da *lex commissoria*, da *in diem addictio*, do *pactum displicentiae*, do *pactum de retrovendendo*.

(II) LOCAÇÃO, *locatio conductio*, é o contrato bilateral pelo qual uma pessoa se obriga a proporcionar a outra o uso e gôzo de uma coisa, a prestação de serviços ou a execução duma obra, mediante retribuição em dinheiro (*merces*) a pagar-se dentro de um prazo convencionado [2].

Da definição decorrem três espécies de locação, diversificadas sobretudo por obra dos intérpretes do direito romano: *a*) *locatio conductio rei*, locação de coisa; *b*) *locatio conductio operarum*, locação de serviços; *c*) *locatio conductio operis faciendi*, empreitada. Na *locatio rei* e na *locatio operarum* quem se obriga a facultar o uso e gôzo da coisa ou a prestar os serviços se chama *locator* (locador); a outra parte se chama *conductor* (locatário). Na *locatio operis faciendi*, pelo contrário, *locator* é quem paga a *merx* e *conductor*, o empreiteiro.

Examinemos distintamente os três tipos de locação, tendo presente que todos derivam històricamente do primeiro.

(a) Objeto da *locatio rei* pode ser tudo quanto não seja consumível. Quando a coisa alugada fôr prédio urbano, o *conductor* se chama *inquilinus;* se fôr terreno, chama-se *colonus*.

O locador tem direito à *merces* ou alugueres, que devem ser avaliados em dinheiro.Quando o aluguel consistir no gôzo de uma coisa, era discutível a natureza do contrato; mais tarde foi colocado na categoria dos contratos inominados.

---

1. O direito justinianeu admite a rescisão da venda por *laesio enormis*, isto é, o vendedor pode obter que o contrato seja rescindido em caso de provar ter vendido um imóvel por preço inferior à metade de seu valor real (C. 4, 44, 2 e 8).

2. Gai 3, 142-147.

As obrigações do locador, sancionadas pela *actio conducti*, são a de facultar o uso e o gôzo da coisa ao *conductor*, como também a garantia pela evicção.

Ao passo que o titular do direito de habitação tem uma ação real (contra todos), na *locatio conductio*, relação puramente obrigacional, o locatário tem uma ação pessoal apenas, contra o locador. No direito romano, o locatário, não sendo possuidor, não é protegido pelos interditos possessórios; tem sòmente a detenção (*possessio naturalis*)[1]. Suas obrigações para com o locador sancionadas pela *actio locati*, são as de pagar os alugueres no prazo convencionado, usar e gozar da coisa conforme os fins a que é destinada, zelando por ela como o faria um bom pai de famílias. Enfim, cessada a locação, deve restituir a coisa ao locador.

A *locatio conductio rei* extingue-se: (a) Quando marcado, pela expiração do prazo. Findo o prazo, se o locador não se manifesta, entende-se reconduzido o condutor por prazo igual. (b) Se êste não fôr marcado, a locação se extingue por denúncia de uma das partes.

O brocardo *emptio tollit locatum* (a venda rescinde a locação), cujo sentido é que o comprador da coisa alugada não é obrigado por lei a respeitar o contrato de locação feito pelo vendedor, se funda em ser a locação uma obrigação que vincula tão sòmente as partes contratantes. O condutor poderá intentar a *actio conducti* contra o locador que, depois da venda já não faculta o uso e gôzo da coisa alugada.

(b) A *locatio operarum* deriva da locação de escravos (coisas) e por isso recai sôbre serviços geralmente manuais. Excluem-se as artes e as *operae liberales*, prestadas originàriamente por homens livres, de graça. A *actio locati* sanciona os direitos do dono dos escravos ou dos empregados, consistentes na cobrança da *merces*; a *actio conducti* é proposta pelo empregador para obter os serviços.

A *locatio operarum* fenece pela morte do locador; morrendo o *conductor*, a obrigação de pagar o salário se transmite aos herdeiros, salvo se provarem que o empregado no tempo convencionado ganhou trabalhando para outrem.

(c) A *locatio operis* é o contrato de empreitada, em que o empreiteiro (*conductor operis*) se obriga a proporcionar à outra parte, não um trabalho, como na *locatio operarum*, mas o resultado (*opus*) do trabalho seu ou alheio.

A *actio conducti* é proposta pelo empreiteiro para exigir a *merces* convencionada; a *actio locati*, pela outra parte, para reclamar a obra.

A *lex Rhodia de iactu*, pela qual todos os proprietários das mercadorias salvadas pelo capitão do navio, jogando ao mar outras mercadorias, devem indenizar proporcionalmente os proprietários destas, é sancionada pela *actio locati* contra o capitão, o qual tem a *actio conducti* contra os proprietários.

1. Gai. 4, 153.

(III) SOCIEDADE (*societas*) é o contrato bilateral pelo qual duas ou mais pessoas (*socii*) se obrigam a pôr bens ou atividades em comum, com o fim lícito de conseguirem certos proveitos a serem divididos entre elas [1].

Distinguem-se vários tipos de sociedades. (a) Herdeiros diversos dos filhos podiam constituir uma sociedade análoga ao *consortium erctum non citum*. O instituto desapareceu antes do período clássico; (b) a *societas omnium bonorum* é a de todos os bens e de tôdas as dívidas; (c) a *societas alicuius negotiationis* é a sociedade que visa um objeto determinado, p. ex., a compra e venda de escravos; (d) a *societas unius rei* é a em que se põe em comum um bem determinado. Os primeiros dois tipos são sociedades universais; os últimos, sociedades particulares.

A sociedade pressupõe uma série de atos continuados no tempo; portanto, o consentimento dos sócios deve ser permanente (*animus ou affectio societatis*). Além disso, é preciso que cada sócio contribua com sua cota-parte de bens ou serviços e tire da atividade comum a sua parte de vantagens e prejuízos. Os bens tornam-se comuns, no direito pós-clássico, pela *traditio ficta,* i. é, sem a material entrega dêles à sociedade; originàriamente era necessária a *mancipatio* ou a *traditio,* segundo a natureza das coisas. Nada sendo estabelecido no contrato, lucros e perdas dividem-se em partes iguais entre os sócios. Porém, desde que *saepe opera alicuius pro pecunia valet,* permitiu-se o ajuste pelo qual um dos sócios participasse dos lucros e não das perdas. A *societas leonina,* na qual um dos sócios aufere todos os lucros e o outro suporta os prejuízos, foi sempre considerada nula.

A *societas* é baseada no *intuitus personae,* i. é, constituída em vista das qualidades pessoais dos participantes; entre êles há um *ius quodammodo fraternitatis* que impõe não sòmente a recíproca boa fé, mas importa um especial benefício, que cabe ao sócio acionado com a *actio pro socio,* sancionadora do contrato; pois, êle pode ser condenado dentro dos limites de suas possibilidades patrimoniais (*beneficium competentiae*). A condenação acarreta a *infamia*.

Cada sócio é responsável pelo dolo, e, já no período clássico, pela *culpa in concreto*.

A sociedade dissolve-se: (a) *ex personis,* i. é, pela morte, *capitis deminutio* ou insolvência de um dos sócios; (b) *ex rebus,* por terem os sócios alcançado o fim colimado ou perdido o patrimônio social; (c) *ex voluntate,* pela renúncia unilateral de um dos sócios; (d) *ex actione,* intentando um dos sócios a *actio pro socio*.

Extinta a sociedade, a divisão dos bens comuns se obtém pela *actio communi dividundo*.

(IV) MANDATO (*mandatum*) é o contrato bilateral imperfeito em virtude do qual uma pessoa (*mandans, mandator,* mandante) encarrega

1. Gai. 3, 148-154.

outra (mandatário), que aceita, de praticar um ou mais atos no interêsse do mandante [1].

A substância do mandato é geralmente a de praticar um ato jurídico; quando se trata de um ato material, o mandato é distinto da locação por ser a título gratuito[2]. O ato a ser praticado não pode ser ilícito ou torpe[3].

O mandato pode ser no interêsse do mandante (*mea gratia*), ou no parcial do mandante ou do mandatário (*mea et tua gratia*) ou de um terceiro (mandato qualificado); mas quando o encargo fôr no interêsse exclusivo do mandatário (*tua tantum gratia*), é considerado como um *consilium*, sem efeitos jurídicos entre as partes, a não ser que o mandatário tenha praticado o ato sem o *consilium* [4].

O mandatário deve desempenhar-se do mandato dentro dos estritos limites dos poderes que lhe foram conferidos pelo mandante. Se o mandatário foi encarregado de comprar uma casa por cem não na pode comprar nem por noventa e nove nem por cento e um. Os Proculianos sustentavam, contra os Sabinianos, que se o mandatário a comprou, todavia, por cento e cinqüenta, ficava o mandante responsável por cem e, pelos outros cinqüenta, o mandatário [5]. O mandatário é responsável pelo dolo e, no direito justinianeu, também pela *culpa levis in abstracto.*

O mandatário deve prestar contas da sua missão e transferir para o mandante todos os direitos adquiridos no interêsse dêle, pelo exercício do mandato. Não sendo em princípio admitida a representação, i. é, não agindo o mandatário em nome e por conta do mandante de modo a os efeitos de seus atos jurídicos racaírem diretamente sôbre êste, no direito romano o mandatário, não o mandante, é quem adquiria os direitos e as obrigações para com os terceiros com êle contratantes. Veremos como, todavia, no desenvolvimento do direito romano, o mandatário acaba por ser o representante do mandante.

As obrigações do mandatário as efetiva o mandante pela *actio mandati directa*. A *actio mandati contraria* é intentada pelo mandatário, para as eventuais obrigações do mandante, que podem ser a de aceitar a transferência dos direitos adquiridos pelo mandatário ou indenizar-lhe as despesas feitas no interêsse dêle mandante. O mandato é gratuito, pois se baseia sôbre o *officium* e a *amicitia*[6]. A condenação da *actio mandati* acarreta a *infamia* [7].

---

1. Gai. 3, 155-162.
2. Quando o mandato é conferido a um profissional (médico, advogado, professor etc.), a remuneração, que não se chama *merces* mas *honorarium*, é exigível pelas *extraordinaria cognitio*, D. 50, 13, 1 Ulp.: C. 4, 35, 1 Severus et Antoninus (anos 193-211).
3. D. 17, 1, 22, 6.
4. D. 17, 1, 6, 5; Gai. 3, 156.
5. Gai. 3, 161.
6. D. 17, 1, 1, 4.
7. Gai. 4, 62.

Semelhantemente à *societas*, o mandato é um contrato baseado nas qualidades pessoais das partes (*intuitu personae*) e, porisso, se extingue pela morte de uma das partes ou pela revogação do mandante. Cessa também quando o mandatário pratica o ato de que fôra encarregado ou quando venceu o prazo dentro do qual devia praticá-lo.

Històricamente distinta do mandato é a *procuração*. O *procurator* no mundo romano era o administrador de um patrimônio, geralmente um liberto incumbido da gestão dos negócios do manumissor (*dominus negotii*)[1]. Na origem, administrava de fato todos os negócios (*procurator omnium bonorum*). Quando se admitiu que o *procurator* gerisse apenas um negócio (*procurator unius rei*), a procuração se identificou com o mandato e o *procurator* foi considerado como quem *aliena negotia mandato domini administrat*[2].

O *procurator* com mandato chama-se *verus procurator;* sem o mandato, *falsus procurator*. Se o *dominus negotii* ratifica os atos praticados pelo *falsus procurator*, a relação é equiparada ao mandato· *ratihabitio mandato comparatur*[3].

§ 106 — Gestão de negócios.

Um tipo de obrigação não pròpriamente contratual, por prescindir do consentimento das partes, mas com grande analogia com o mandato, é a *negotiorum gestio*. Na classificação das obrigações que encontramos no Digesto[4], a gestão de negócios pertence à categoria das obrigações que surgem, por especial princípio de direito, de várias figuras de causas (*proprio quodam iure ex variis causarum figuris*)[5]; nas Institutas justinianéias a *negotiorum gestio* se classifica entre os quase-contratos.

A gestão de negócios consiste no fato de uma pessoa, chamada *negotiorum gestor*, praticar um ou mais atos no interêsse de outra, chamada *dominus negotii*, sem haver já entre elas relação de mandato. Por certo, o reconhecimento da responsabilidade do gestor deriva da proteção concedida pelo pretor a quem, sendo ausente, não podia defender-se em juízo[6]. Mais tarde, a proteção passou do campo puramente processual ao do direito substantivo, pois o pretor concedeu a mesma proteção no caso de qualquer negócio lícito.

Esta relação obrigacional pressupõe: (a) a efetiva gestão, constituída por um ou mais atos diferentes, iniciada de maneira vantajosa (*utiliter coeptum*), no sentido em que o próprio *dominus* teria pra-

1. Cf. Gai. 1, 19.
2. D. 3, 3 1 pr.
3. D. 46, 3, 12, 4 Ulp.
4. D. 44, 7, 5 Gai.
5. D. 44, 7, 1 pr. Gai.
6. Gai. 4, 84.

cado o ato; (b) ser o ato no interêsse alheio, tendo subjetivamente o gestor o *animus aliena negotia gerendi;* assim não há *negotiorum gestio* quando alguém acredita alheio um negócio próprio[1]; (c) a espontaneidade da gestão por parte do gestor e a circunstância de não ter sido o ato praticado contra a vontade do *dominus* (*nolente et specialiter prohibente domino*). Não é espontânea a gestão quando feita para cumprir uma obrigação. A falta de um dêsses elementos pode ser sanada mediante a ratificação do *dominus*, que transforma a relação num mandato.

O *dominus* pode intentar a *actio negotiorum gestorum* contra o gestor, para obter que o ato iniciado se ultime, prestar contas e transferir para si o resultado útil. O gestor responde pela *culpa levis*. Mediante a *actio negotiorum contraria* o gestor obtém do dono a indenização pelas despesas e os prejuízos sofridos por causa do ato, como também se libera das obrigações assumidas, no interêsse dêle, para com os terceiros. A ação acarreta a *infamia*[2].

§ 107 — Contratos inominados.

Chamaram-se inominados todos os contratos estranhos às categorias até agora examinadas, os consistentes em prestações, segundo as mais diferentes combinações: *do ut des, do ut facias, facio ut facias, facio ut des*[3].

A categoria é vastíssima e abrange um quase sem número de contratos, pois infinitas podem ser as convenções que se pactuam: *natura enim conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula*[4].

Substancialmente, o contrato inominado consta de uma convenção bilateral ou sinalagmática, que se torna obrigatória para se transformar em contrato quando uma das partes executa a sua prestação. A certa luz, portanto, os contratos inominados se assemelham aos reais, que se perfazem com a entrega da coisa. No contrato inominado, desde o momento em que uma das partes realiza a sua prestação, a outra está obrigada a realizar também a sua.

No atinente a tais contratos é conhecida uma grave discussão travada entre as duas escolas, a dos Sabinianos e a dos Proculianos. Os jurisconsultos, observando que muitas relações jurídicas, embora não pudessem ser sistematizadas, nas categorias normais dos contratos, apresentavam contudo caractéres muito semelhantes aos dos atos bilaterais, levantaram o difícil problema da proteção a ser concedida a tais relações. O problema se resumia no seguinte: se um dos contratantes se recusa a cumprir a prestação, que ação se deveria conceder ao outro? Mais apegados à tradição, os Sabinianos negaram o caráter civil dêsses atos, sus-

1. D. 3, 5, 5, 6.
2. Gai. 4, 62.
3. D. 19, 5, 5 pr. Paul.
4. D. 19, 5, 4.

tentando que o pretor devia protegê-los com ações *de dolo* ou com fórmulas *in factum*, de modo a o juiz poder condenar a parte faltosa a pagar uma quantia como indenização. Menos formalistas e mais aderentes à realidade, os Proculianos reconheceram, pelo contrário, a natureza civil dessas relações, admitindo por conseqüência devessem ser protegidas mediante *actiones civiles;* também a *actio civilis incerti* chamada mais tarde *actio praescriptis verbis,* porque na *demonstratio* da fórmula devia descrever-se a figura do ato donde emanava a obrigação.

Entre os contratos inominados, alguns tiveram aplicação assim freqüente, que assumiram um nome próprio. Tais são:

(I) A *permutatio* (troca) é a forma típica dos contratos consistentes em *do ut des*. Em virtude da troca, um dos contratantes recebe uma coisa do outro, que se obriga a dar-lhe outra coisa.

A permuta apresenta-se muito semelhante à venda, da qual em última análise não passa da forma primordial. Conforme sua concepção dos contratos inominados, os Sabinianos confundiam a troca com a venda, considerando-a por isso como uma *obligatio* da categoria dos contratos consensuais; os Proculianos a consideravam um ato civilmente obrigacional, como contrato inominado distinto da *emptio venditio* [1].

Na realidade, há diferenças entre a troca e a venda: a primeira consiste no escambo de coisas, ao passo que a segunda consiste em *dare* coisas por dinheiro; a *permutatio* se perfaz com a traditio da coisa, bastando para perfazer-se a venda o consenso dos contratantes; de forma que é possível a venda, não a troca de coisa alheia.

Tendo em vista estas diferenças, mas sobretudo pela evolução dos contratos inominados, Justiniano acolheu a tese dos Proculianos, considerando a *permutatio* como um contrato distinto da compra e venda[2].

(II) O *aestimatum*, ou contrato estimatório, era uma convenção por fôrça da qual um dos contratantes entregava uma coisa a outrem que por sua vez se comprometia, alternativamente, a pagar um preço determinado ou a restituir a coisa, ficando em caso de venda com a diferença entre o preço alcançado e o determinado.

Êste contrato, oriundo da prática mercantil, devia ser muito útil para o comércio a varejo, especialmente dos vendedores ambulantes, que não podiam dispor das quantias necessárias para adquirir as mercadorias destinadas à venda. Provàvelmente dêle se serviam também os particulares, que, estranhos ao mercado, preferiam confiar a venda de seus produtos agrícolas a intermediários. Êstes, mediante tal contrato, podiam auferir um lucro constituído pela diferença entre o preço de venda e o convencionado, não se expondo por outro lado ao risco, pois na hipótese de não conseguir vender, podiam sempre restituir a mercadoria

1. Gai. 3, 141.
2. Inst. 3, 23, 2.

Aos jurisconsultos clássicos a natureza do contrato lhes parecia duvidosa, podendo-se considerar como venda, como *locatio operis*, como mandato para vender e, às vêzes, como sociedade. Por certo pertence à categoria *do ut facias*. O pretor concedia uma ação no seu edito, chamada *actio de aestimatu*, assumida mais tarde por Justiniano na *actio praescriptis verbis*.

(III) *O precarium* é o contrato em virtude do qual uma pessoa entrega a outra, a seu pedido, a posse duma coisa determinada para servir-se dela como quiser e restituí-la quando pedida.

Não obstante ser um instituto antiqüíssimo, o *ius civile* não o reconhecia e o proprietário da coisa tinha, contra quem a havia recebido, apenas uma *rei vindicatio*. Mais tarde o pretor lhe concedeu um interdito restitutório chamado *de precario*.

Quando apareceu o contrato de comodato, muito parecido com o precário [1], êste decaiu, sendo usado sòmente nos casos seguintes — (a) Como sabemos o credor pignoratício fica com a coisa penhorada. Ora, pode dar-se o caso de o credor, tendo grande confiança no devedor, não lhe exigir a entrega da coisa, deixando-a com o devedor a título precário. Esta concessão impede ao devedor adquirir no decurso do tempo, a livre propriedade da mesma (*usureceptio*).

(b) Se o vendedor entregou a coisa vendida e ainda não recebeu o preço, para evitar o usucapião pelo comprador, o vendedor dava a coisa a título precário.

Nestes dois casos, suposto o princípio *neminem sibi ipsum causam possessionis mutare posse*, evita-se uma iníqua conseqüência.

No direito pós-clássico e no justinianeu, o precário se coloca entre os contratos inominados e é protegido pela *actio praescriptis verbis*.

Há outros contratos inominados: o *inspiciendum dare* consiste na entrega de uma coisa a outrem para fixar-lhe o valor; outras convenções que são análogas aos institutos de direito civil, mas contém outros elementos constitutivos (p. ex. um comodato com retribuição) são sancionadas com ações pretorianas.

§ 108 — Pactos adjetos aos atos de boa fé.

Os pactos acrescentados aos atos de boa fé tiveram uma função de grande importância no desenvolvimento do sistema contratual, pois contribuíram fortemente para a erosão do antigo princípio do direito civil que não reconhecia nenhuma eficácia ao pacto puro e simples (*nudum pactum*), despido de formalidades.

Substancialmente, os pactos adjetos eram convenções isentas de formas, e por isso ineficazes pelo *ius civile*. Dado porém que se acrescenta-

1. No comodato a coisa é dada para certo uso; no precário não há delimitação de uso. O comodatário não é possuidor *ad interdicta*, à diferença do *precarista; o comodatário* se acha numa situação de igualdade para com o comodante, pois entre êles se constitui um contrato; o precarista, que obteve a coisa *precibus*, está numa situação de subordinação e de dependência.

vam, como pactos acessórios, a contratos reconhecidos civilmente, eram considerados parte integrante do principal, sendo portanto protegidos pela mesma ação do contrato principal.

O reconhecimento de tais pactos não foi absoluto, a não ser no respeitante às convenções limitativas do conteúdo da obrigação principal, exigindo-se em qualquer outro caso fôsse ela de boa fé e que o pacto acessório se acrescentasse desde o momento em que tal contrato se perfez. Assim, p. ex., se depois da conclusão duma *stipulatio*, o credor aquiescia em não exigir do devedor a prestação (*pactum de non petendo*), êste podia repelir a eventual pretensão do credor mediante a *exceptio pacti conventi*, concedida pelo pretor para proteger as convenções acrescentadas a *obligationes* civis; ao contrário, a proteção se dava, mesmo mediante ação, qualquer que fôsse o conteúdo do pacto acrescentado, se o contrato principal era de boa fé e fôsse concluído desde a constituição da relação. Por isso se diz *pacta conventa inesse bonae fidei iudiciis*.

Particular importância têm os seguintes pactos acrescentados à venda, que a transformam em venda condicional:

(I) *Pactum de retrovendendo*, em virtude do qual o vendedor podia reservar-se o direito de cobrar outra vez, dentro de certo prazo, a coisa vendida, restituindo o preço. O pacto tem efeito apenas entre as partes e não onera a coisa nas mãos de terceiros.

(II) *Pactum protimissios* ou *praelationis* (protimisseos) (de preferência, preempção) pelo qual o comprador se responsabiliza a dar preferência ao vendedor, no caso de decidir vender outra vez a coisa comprada. Análogo é o pacto de não vender outra vez a coisa comprada, que porém podia ser nulo.

(III) *In diem addictio*, convenção pela qual os contratantes pactuavam considerar a venda não feita, se ninguém, dentro de certo prazo, oferecesse ao vendedor maior vantagem. O efeito provàvelmente valia também para os terceiros (*in rem*).

(IV) *Lex commissoria*, convenção pela qual se, no fim de um certo prazo, o comprador não efetuar o pagamento, o vendedor tem o direito de pedir a resolução da venda. Depois de pedida, já não pode obter a execução da venda; e vice-versa, requerendo a execução, não poderá obter a resolução (*electa una via non datur recursus ad alteram*). Não é certo que o pacto tivesse efeito real, i. é, com conseqüências relativas a terceiros [1].

(V) *Pactum displicentiae* pelo qual o comprador tem faculdade de se arrepender dentro de certo prazo, não achando a coisa de seu gôsto. Semelhante é a *emptio ad gustum* (venda a contento) que se perfaz após o comprador ter experimentado o objeto (alimentos). O pacto tem o efeito de fazer correr por conta do vendedor os riscos, até a aprovação ou o vencimento do prazo.

---

1. D. 18, 3, 8 Scaev.; Cod. 4, 54, 3.

Outros pactos adjetos são o *pactum antichreticum* (anticrese) pelo qual o devedor, em lugar de juros, concedia ao credor o uso e gôzo da coisa entregue em garantia. O *pactum hypothecae* pertence a êste tipo de pactos; mas dêle trataremos em seguida, como instituto próprio do direito pretoriano.

§ 109 — Sistema contratual pretoriano.

A ação do pretor, no campo das obrigações, não foi menos importante no concernente à formação e desenvolvimento de novas categorias jurídicas. Demais, o *ius gentium* fôra evoluindo, mòrmente mediante a jurisdição do *pretor peregrinus* e às vêzes, do *praetor urbanus*, pois a atividade dêstes dois órgãos jurisdicionais se manifestava quase sempre na mesma direção, determinada pelo fim comum de adaptar a ordem jurídica às necessidades sociais.

Não obstante o *ius gentium* e o *ius honorarium* se influenciarem recìprocamente, a atividade do pretor urbano ostenta caracteres peculiares. Com efeito, o *ius gentium* surgiu para regular as relações entre peregrinos e entre êstes e cidadãos, ao passo que a legislação pretoriana se foi formando para obviar às exigências da vida social em constante transmutação, mantendo, quanto possível, o direito próprio dos romanos. Esta função foi-se explicitando de modo tão imponente que as normas do *ius civile* ficaram em vigor apenas formalmente, pois em substância o verdadeiro direito foi o estabelecido pelos editos do pretor.

No domínio das obrigações, a intervenção do magistrado se manifestou através daquela multiplicidade de expedientes técnicos, que conhecemos, e que admiràvelmente supriam, modificavam, corrigiam o *ius civile*, criando substancialmente uma nova ordem jurídica.

Aí entram em primeiro lugar as *actiones in factum*, através das quais vimos desenvolverem-se os contratos inominados, as *exceptiones*, as *actiones ficticiae* e todos os meios processuais usados pelo pretor, segundo as necessidades dos casos particulares e os princípios da *aequitas*, i. é, a *ars boni et aequi*, nos têrmos da definição famosa.

Vamos ver agora mais de perto como o *ius honorarium* influiu no desenvolvimento do sistema das obrigações romanas.

§ 110 — A função da exceptio.

A função da *exceptio* se explicava geralmente em duas direções diferentes, que porém convergiam na atuação da *aequitas*. Com efeito, a *exceptio* visava paralisar ou emendar as conseqüências iníquas do *ius civile*, ou protegia interêsses, convenções, fatos e relações não reguladas pelo direito civil, mas que o pretor defendia por utilidade social, concedendo uma proteção de grau menor. A esta segunda luz, a *exceptio* teve não sòmente função equitativa, mas também criadora. As novas figuras

assim originadas se transformaram, ao tempo de Justiniano, em verdadeiros direitos subjetivos.

A ação corretiva da *exceptio*, sôbre o *ius civile*, no campo das obrigações, se manifestou principalmente no que respeita à *stipulatio*. Típico é o exemplo de quem, chamado a juízo para cumprir a obrigação assumida mediante *stipulatio*, podia repelir a pretensão do autor em virtude da *exceptio doli*, se com a estipulação fôsse obrigado a restituir dinheiro que na realidade não tinha recebido. Segundo o *ius civile*, era devedor; como Gaio observa, porém, teria sido injusto fôsse condenado, desde que não tinha recebido o dinheiro[1].

Digno de nota é também o exemplo da *exceptio* (*doli*) *compensationis*, em virtude da qual o pretor repelia o pedido do credor ou limitava o direito dêste, sobrevindo um fato extintor de todo o crédito ou de parte dêle. Semelhantemente, podia opor a *exceptio doli* quem tivesse induzido a obrigar-se mediante enganos[2].

Tais casos, provàvelmente, eram freqüentes na prática; e portanto a intervenção do magistrado era muito eficaz para a *aequitas*. Mas concedendo a *exceptio*, o pretor às vêzes chegava a desnaturar o caráter da *stipulatio*, que era um ato abstrato, paralizando-lhe os efeitos, em razão da causa que tinha induzido o devedor a assumir a obrigação. Assim, quando o uso de tais exceções, baseadas no fato de a relação carecer de causa, se tornou geral, foi-se formando na consciência social a convicção que a *stipulatio* era um ato causal. Muito natural, portanto, que os compiladores justinianeus a considerassem a essa luz.

A função mais importante da *exceptio* se manifestou na proteção de algumas convenções que, segundo o *ius civile*, não teriam podido dar lugar a nenhuma conseqüência jurídica. Nestes casos, a função do pretor não foi meramente negativa, pois não se limitava a neutralizar a prestação do autor, mas dava também pleno reconhecimento a tôdas as convenções baseadas na efetiva vontade dos contratantes. Assim a ação do *ius honorarium* foi tôda norteada a defender a real vontade das partes, que o *ius civile* não considerava, a não ser através da rigorosa observância das formalidades prescritas, na carência das quais a *conventio* não passa de um ato jurídico irrelevante. Dêste modo, no edito *de pactis* o pretor garantiu proteção aos *nuda pacta*, feitos em boa fé, não contrários às leis e aos preceitos do direito. A doutrina dos Glosadores, sempre dominante até nossos dias, considerou os pactos de boa fé como causas das obrigações naturais. A opinião é dogmàticamente bem fundada e tem grande importância histórica. Mas o fenômeno se explica mais naturalmente tendo-se presente, que, no período da *cognitio extra ordinem*, a fusão dos ordenamentos civis e pretorianos devia necessàriamente levar a atribuir à *exceptio* uma eficácia direta, i.é, *ipso iure*, e portanto ao reconhecimento da natureza do *pactum*, que é munido de ação.

1. Gai. 4, 116. O jurisconsulto fala em *exceptio doli;* Justiniano, em *exceptio non numeratae pecuniae*, introduzida pelas constituições imperiais; em todo caso, os efeitos eram os mesmos. Inst. 4, 12, 2.
2. Gai. 4, 117.

Grande foi, portanto, a influência da *exceptio* no respeitante às relações obrigacionais, baseadas no simples consenso dos contratantes.

Fundamental, nesta orientação, é a *exceptio doli*, de cuja fórmula (*si in ea re nihil dolo malo Auli Agerii factum sit neque fiat*) se conclui ter sido utilizada na dupla função de meio corretor do *ius civile* e de meio que visou o reconhecimento de determinados efeitos, que não teriam sido admitidos pelo *ius civile*. Pois, com a cláusula *neque factum sit* o pretor chamava a atenção do *iudex* para indagar se o ato jurídico, aduzido em juízo, foi viciado de dolo, a fim de, nesta hipótese, paralisar-lhe as conseqüências, mediante a cláusula *neque fiat*; outrossim, o pretor advertia o juiz de que o ato, embora isento de vícios originários, não devia ser levado em conta, no caso de sobrevirem fatos que tornassem dolosa a defesa do autor. Neste último aspecto, a *exceptio doli*, chamada pelos intérpretes, com relação a esta função, *exceptio doli generalis*[1], promoveu grandemente o desenvolvimento do sistema contratual.

Entre as mais importantes *exceptiones* do tipo, está a *exceptio pacti conventi*, que o pretor costumava conceder em favor do réu no caso de, após a conclusão duma *stipulatio* ou de outro ato solene, fazerem as partes um *pactum de non petendo*, i. é, uma convenção em virtude da qual o credor se compromete a não reclamar o devido. Assim, o magistrado não sòmente tornava pràticamente ineficaz o direito do autor, subsistente pelo *ius civile*, mas chegava outrossim a proteger e considerar causas de efeitos jurídicos, o *nudum pactum*, que no formalístico sistema romano não tinha nenhuma relevância[2].

Outras vêzes, o pretor tornou pràticamente possível constituir *stipulationes ad tempus*, absolutamente contrárias ao direito antigo, as quais se perfaziam, conforme a locução: *quoad vivam dare spondes?* Assim se o herdeiro intentava ação contra o devedor que, morto o credor, deixara de pagar, o réu podia paralisar-lhe a pretensão mediante a *exceptio doli*. Dêste modo se reconhecia plenamente uma convenção não admitida pelo *ius civile*, convenção que substancialmente era uma condição resolutiva; i. é, subordinava o ato jurídico a uma modalidade jamais diretamente admitida pelo ordenamento romano[3].

Além disso, a *exceptio* tornou possível a constituição de *servitutes* limitadas no seu conteúdo por uma convenção entre os proprietários dos prédios; tornou viável o pacto em favor de terceiros; protegia a convenção que concedia o direito de superfície. Por outras palavras, através da *exceptio* foram-se constituindo relações jurídicas novas, em razão da proteção que lhes dispensava o pretor. Por essa via paulatinamente a defesa do réu tornou-se fonte de direitos subjetivos. Na verdade, quando no período pós-clássico se realizou a fusão entre *ius civile* e *ius honorarium*,

---

1. O nome talvez foi tirado de D. 44, 4, 2, 5 Ulp.

2. D. 2, 14, 7, 7 Ulp.: *Ait praetor: Pacta conventa, quae neque dolo malo neque adversus leges, plebiscita, senatus consulta, decreta, edicta principum neque quo fraus cui eorum fiant, facta erunt, servabo.* Cf. Gai. 4, 116.

3. Cf. Gai. 3, 100; Inst. 3, 15, 3.

a *exceptio* é elemento de direito substantivo; e assim os pactos e as relações protegidos por ela foram assumidos na esfera do *ius civile* e por isso protegidos *ipso iure*. As conseqüências desta evolução foram mesmo grandiosas, pois às rígidas normas do *ius civile* se lhe substituíram outras completamente opostas, das quais muitas inspiradas no nôvo princípio *omne pactum parit obligationem* que frisa ser a *conventio* o pressuposto essencial à validade do vínculo obrigacional. Um texto famoso diz: *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens... adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*[1].

§ 111 — Actiones ficticiae e fictio stipulationis.

Entre os meios mais engenhosos e eficazes mediante os quais o pretor foi adaptando os rigorosos princípios de *ius civile* às transformações sociais, deve-se compreender a extensão das ações civis a determinadas relações, que *stricto iure* não teriam podido gozar delas. Tal extensão, como sabemos, se realizou ou *utiliter*, i. é, aplicando a fórmula da ação a hipóteses não em tudo correspondentes às originárias (*actio utiles*); ou através de ficções, i. é, considerando existentes os pressupostos de *ius civile* inexistentes na relação substancial.

As *actiones ficticiae* assumiram grande importância no campo das obrigações. Atesta-o claramente a exposição gaiana, embora lacunosa nesse particular[2]. O desaparecimento das *actiones ficticiae* na compilação justinianéia foi a conseqüência natural do desenvolvimento do direito e em particular da fusão dos ordenamentos jurídicos.

Merecem ser ilustradas algumas importantes aplicações da *actio ficticia* à *stipulatio*. A ficção da estipulação preencheu dupla função. Em primeiro lugar e em virtude dela, ficou inalterado o rigor das formas durante tôda a época clássica, pois, apesar das falhas externas, o pretor podia fingir existente uma estipulação, e assim fingir constituído o vínculo segundo o *ius civile*. Desta forma, também um pacto nu podia servir de base a uma *actio civilis*, sem fazer violência aos cânones da antiga ordem. É natural, porém, que tal proteção fôsse concedida apenas naquelas hipóteses, em que a rigorosa aplicação do *ius civile* teria sido fonte de iniqüidade.

Em segundo lugar, a *fictio* da *stipulatio* exerceu uma forte influência no desenvolvimento do direito, pois, no período pós-clássico abriu o caminho na praxe judiciária a novas categorias jurídicas. Assim, p. ex., muitas ficções processuais, inseridas nas fórmulas pretorianas, tornaram-se *praesumptiones juris*, no sentido de um elemento não existente ser considerado pelo direito como existente e provado. Das ficções foi-se

1. D. 2, 14, 1, 3 Ulp.
2. Gai. 4, 32-38; 3, 81-84.

formando a categoria das *obligationes tacitae*, das quais temos muitos exemplos na compilação de Justiniano. Isto decorreu da prática judiciária e mais tarde de os compiladores terem adotado muitas vêzes decisões pretorianas estabelecidas por uma *fictio*, subrogando-lhe uma causa tácita, geradora do mesmo efeito jurídico. Anàlogamente enfim se desenvolveu a categoria geral das *obligationes ex lege*, de todo desconhecida no direito clássico, categoria derivada exatamente das *fictiones*, que o pretor estabelecia em casos determinados, para justificar o reconhecimento do liame obrigacional.

§ 112 — Meios pretorianos para a representação direta.

O instituto da representação direta, pelo qual em determinadas condições um sujeito pode praticar atos jurídicos em nome de outrem, que lhe assume os efeitos, é sem dúvida essencial no que diz respeito ao comércio; nenhum sistema obrigacional pode prescindir dêle.

Entretanto a representação direta, como já se disse, era desconhecida ao direito romano. A exclusão porém foi categórica apenas por direito quiritário, que estabelecia sem exceções *per extraneam personam non adquiritur* ou *nemo alteri stipulari potest*[1]. No período posterior, pelo contrário, a representação foi substancialmente admitida pelo pretor. O magistrado se serviu às vêzes de meios extraordinários: concedia a *exceptio doli* em favor do terceiro ausente contemplado em proveito de um estranho. Outras vêzes, utilizou os meios dos quais costumava servir-se para corrigir ou amparar as conseqüências do direito quiritário: concedia a *actio exercitoria* ou a *actio institoria* em favor de terceiro contratante com o capitão de um navio ou gerente de emprêsa comercial e contra o armador do navio ou o proprietário da emprêsa, que os tivesse constituído, ao capitão e ao gerente, seus procuradores para o fim visado; ou também o magistrado estendia a *actio institoria* ao caso em que, no interêsse do *dominus negotii*, houvesse um *procurator;* assim também aplicou *actiones utiles* e *formulae ficticiae*, especialmente *ex stipulatu* que foram influir no desenvolvimento orgânico do direito e fazer admitir o instituto da representação direta.

§ 113 — Pactos pretorianos.

A agência do pretor no atinente ao sistema contratual se manifestou com grande eficácia, protegendo algumas convenções, que assim se tornaram diretamente geradoras de direitos de crédito e mesmo de direitos reais. Tais convenções, que pela sua natureza foram chamadas pactos pretorianos, eram de uso freqüente na prática, reclamando por isso uma proteção mais eficaz do que a simples *exceptio* ou a *actio ficticia* e *in factum*. Entre êsses pactos se enumeram:

---

1. Gai. 2, 95.

(I) O *pactum hypothecae* — pacto adjeto para garantir uma obrigação: o devedor concedia ao credor um direito de hipoteca, i. é, a faculdade de vender, em caso de inadimplemento, um determinado objeto, haurindo no seu valor econômico a satisfação do crédito. Entretanto, era distinto do contrato de penhor por constituir-se independentemente da entrega da coisa, e, por isso, da transferência da posse, embora tanto o credor pignoratício como o hipotecário tivesse os mesmos direitos sôbre a coisa.

A importância dêste pacto referente às obrigações é evidente, dado seu caráter de garantia real. O pacto era protegido por uma ação hipotecária *in rem* (extensão útil da *actio Serviana* concedida para os *invecta et illata* de um prédio rústico a favor do locador); ação que se podia propor contra qualquer detentor.

(II) O *constitutum debiti*, do qual também tivemos ocasião de tratar, era um pacto adjecto para garantir outra obrigação. Diferentemente do contrato de penhor e do pacto de hipoteca, porém não tinha nenhum fundamento real, por ser uma simples convenção pela qual se prometia pagar uma dívida preexistente segundo modalidades diferentes da estabelecida, no vínculo primitivo. Segundo a nova obrigação fôsse assumida pelo próprio devedor ou por uma outra pessoa, o pacto se chamava *constitutum debiti proprii* ou *constitutum debiti alieni*. O pretor protegia a convenção pela *actio de pecunia constituta* [1].

A função do *constitutum debiti* foi notável, sob diversos aspectos. Em primeiro lugar, servia para reforçar a obrigação primitiva, que por isso não se extinguia, diversamente do que acontecia com a novação: o credor, portanto, podia escolher entre a ação decorrente da obrigação primitiva e a *actio de pecunia constituta*. O devedor, por outro lado, tinha a possibilidade de libertar-se mais fàcilmente da obrigação, em virtude das novas modalidades (de tempo, lugar, e prestação etc.) estabelecidas no constituto. Êste podia mesmo praticar-se por carta, entre ausentes. Em segundo lugar, pois, na forma de *constitutum debiti alieni*, a convenção podia, de certo modo, servir também para a transferência de uma obrigação do antigo devedor para a pessoa por êle vinculada, eventualmente extinguindo a precedente relação, pois, quando o terceiro pagasse, o outro devedor se eximia ao liame. Enfim, outra sua função foi a de tornar eficaz uma obrigação natural, que de outro modo podia apenas impossibilitar a repetição do que foi pago (*soluti retentio*).

Da sua freqüência, o *constitutum*, que no direito clássico se admitia apenas nas obrigações de dinheiro, no direito justinianeu ampliou-se a qualquer objeto da prestação principal.

(III) O *receptum argentarii* preenchia funções que sob um certo aspecto o aproximavam do *constitutum debiti alieni*. Com efeito, era um contrato em virtude do qual um banqueiro (*argentarius*) se obrigava a efetuar determinados pagamentos por conta de seu cliente. Às vêzes os dois atos se apresentavam absolutamente idênticos e por isso

1. Gai. 4, 171.

talvez Justiniano os fundiu, assimilando o *receptum argentarii* ao *constitutum*.

(IV) O *receptum arbitri* era a aceitação de um árbitro para decidir uma controvérsia entre dois litigantes, que acordavam em se louvar nêle: aceite considerado obrigatório quanto ao árbitro, que por isso se responsabiliza pela decisão.

A intervenção do pretor que para tal fim concedia uma *actio recepticia* foi muito eficaz, impedindo que, depois do aceite, os árbitros não julgassem. Desta forma foi valorizada a função arbitral, de uso mui freqüente em Roma.

(V) O *receptum nautarum, cauponum, stabulariorum* era a obrigação prevista no edito pretoriano, em virtude da qual o capitão de um navio (*nauta*) ou o proprietário de hotel (*caupo*), de estalagem (*stabularius*) assumiam a responsabilidade por qualquer dano, furto ou roubo que sofressem as coisas custodiadas por êles. Êste liame sobrepujava em rigor o existente entre o proprietário e o locatário, pois abrangia também casos em que o capitão ou o hospedeiro estavam isentos de culpa, excluindo apenas os de fôrça maior.

O caráter prático do ônus imposto pelo pretor, que nestas circunstâncias concedia uma *actio in factum*, é evidente: o magistrado considerava fonte de obrigações determinados fatos, estebelecendo que a responsabilidade civil por êles aderisse a determinados sujeitos. O que naturalmente simplificava as relações entre o capitão do navio e passageiros, entre os estalajadeiros e os hóspedes, independentemente de qualquer convenção entre êles.

Devemos observar que neste instituto temos o germe da chamada *responsabilidade objetiva*, pela qual, em conseqüência de determinadas relações com o objeto, com a pessoa ou com o fato que gerou o evento danoso alguém fica responsabilizado também pelo dano de que não tem culpa. O princípio vai difundindo-se no direito moderno, pois responde por certo à necessidade duma sociedade adiantada e complexa.

§ 114 — O ius extraordinarium no sistema contratual.

Por *ius extraordinarium* entendemos o complexo de normas jurídicas que se foram formando através da *cognitio extra ordinem;* i. é, através do sistema processual que, surgido como excepcional em comparação ao rito *per formulas*, em pouco tempo se foi generalizando de maneira a constituir, não já a exceção, mas a regra. Esta grande transformação processual decorreu dos poderes do *princeps*, que exercia a *iurisdictio* sôbre todo o Império, podendo decidir em primeira e última instância tôdas as lides levadas à sua jurisdição.

Depois da consolidação do edito pretoriano, o imperador, sob certo aspecto, foi o continuador da obra do magistrado, pois com suas constituições, em definitivo, obviava às necessidades práticas, como antes fizera o pretor. Mas sob outro aspecto, sua obra foi muito mais eficaz que a pretoriana, pois conseguiu unificar e simplificar o ordenamento

jurídico, quer no ponto de vista formal, por fôrça da concentração da jurisdição, quer no substancial, orientando unitàriamente o desenvolvimento do direito.

Foi portanto natural que o empolgante surto tomado pelas obrigações, em virtude do *ius gentium* e do *honorarium*, continuasse através da praxe da *cognitio extra ordinem*, cuja obra foi destruindo todos os princípios do *ius civile* já não correspondentes ao espírito dos novos tempos.

Examinemos agora alguns aspectos da influência que o *ius extraordinarium,* foi exercendo sôbre o desenvolvimento das obrigações.

(I) Em primeiro lugar, devemos observar que a obra do *princeps* foi levada a contemplar e aperfeiçoar a já sadiamente realizada pelo pretor. P. ex., no referente à representação direta, cuja exclusão, como se viu, foi superada mediante ações úteis e fórmulas fictícias, fizeram-se ulteriores progressos que conseguiram penetrar na sistemática do princípio da representação. Assim, admitiu-se a ação direta do *dominus negotii* contra terceiros, sem que o juiz ficasse adstrito a obedecer aos princípios do *ius civile.* Semelhantemente e por outro lado, foi concedida aos terceiros a ação *in solidum* contra o *dominus negotii* por qualquer agência dos *institores*, ainda além dos limites da *praepositio*.

(II) Muitas vêzes, porém, a obra do príncipe foi levada a proteger interêsses ainda não disciplinados pelo direito, a não ser excepcionalmente. Assim, p. ex., a obrigação de prestar alimentos não podia existir no período republicano, dada a estrutura da família agnática. No direito antigo, com efeito, era reconhecido apenas o dever do liberto de prestar alimentos ao patrono pobre e aos membros da sua família. Mas na época imperial, mais exatamente na época dos Antoninos, esta obrigação foi reconhecida como instituto geral de direito.

A obrigação foi imposta sem prévio exame da causa, fundada apenas num dever moral, na linha materna; foi mesmo reconhecida em favor dos descendentes ilegítimos e mais tarde entre irmãos e irmãs. Justiniano ampliou essas disposições de lei.

(III) Análoga evolução teve a obrigação do *paterfamilias* de dotar a filha. A obrigação no período republicano era apenas moral e social, pois, como diz Plauto, *filia indotata filia inlocabilis.* Entretanto, na época imperial, se transforma em dever jurídico, desenvolvimento realizado não através da *lex Iulia de maritandis ordinibus*, como dizem as fontes, mas por via de interpretação da lei e de rescritos imperiais.

(IV) Na época imperial se reconhece a obrigação do pupilo dentro dos limites do seu enriquecimento, no caso em que tivesse recebido de outros uma prestação por mútuo ou pagamento de crédito *sine tutoris auctoritate.* Êste reconhecimento se baseava provàvelmente na existência duma obrigação natural. Gaio reconhecia a *exceptio doli* contra o pupilo que intenta ação para cobrar uma dívida paga [1]. Além disso pode intervir um fiador.

1. Gai. 2, 84.

§ 115 — Período pós-clássico (pactos legítimos).

Êste período é por certo o mais caótico de todo o direito romano; mas é muito importante sob o aspecto do progresso jurídico, concluindo-se nesta fase a evolução do direito de Roma e formando-se o *novum ius*, codificado por Justiniano. A reação contra as formas solenes tinha chegado a tais extremos, que tôda a doutrina romana da ineficácia do *nudum pactum*, no sector da vida comercial, parecia uma *supervacua subtilitas* e um absurdo anacronismo.

Mostraremos a seguir as inovações mais relevantes, que a praxe do período pós-clássico introduziu no concernente aos pactos nus, que visavam coordenar o sistema obrigacional com as exigências cotidianas, purificando-o de todo elemento arcáico.

No período clássico os pactos despidos de qualquer formalidade tiveram reconhecimento jurídico direto apenas quando, em determinadas hipóteses, se acrescentavam a outro pacto civilmente válido. Mas o uso freqüente de tais convenções, independentemente da existência de um pacto principal, reconhecido como civilmente eficaz, e dos requisitos exigidos para sua validade levou os imperadores a munir de ação também êsses pactos. Êles representavam muitas vêzes o ulterior desenvolvimento de precedentes institutos ou evolução de orientações jà seguidas pela prática. Chamam-se pactos legítimos, e entre êles enumeramos:

(I) O *compromissum:* convenção em virtude da qual duas ou mais pessoas se obrigavam a louvar-se em árbitros, no concernente ao esclarecimento duma lide surgida entre elas. Era convenção muito freqüente entre os Romanos, tanto que, como vimos, o pretor impôs ao árbitro o dever de decidir a controvérsia, desde que se tivesse comprometido a julgá-la (*receptum arbitri*). Mas nenhuma proteção direta foi concedida contra a parte que não executasse a decisão arbitral (*arbitrum* ou *laudum*). Quando a convenção fôsse reforçada por uma *stipulatio poenae*, o inadimplemento de um dos contraentes acarretava a responsabilidade pela quantia estabelecida como pena; mas, por fôrça própria, a sentença arbitral originava apenas uma exceção.

O instituto foi-se aperfeiçoando durante o Baixo Império, e Justiniano, atualizando o que a praxe pós-clássica tinha paulatinamente realizado, concedeu uma *actio in factum* contra a parte que não executasse o laudo, no caso de êste não ter sido impugnado nos dez dias posteriores à pronúncia.

(II) A *transação* era uma convenção em virtude da qual as partes acordavam sôbre pretensões litigiosas ou duvidosas, fazendo entre si recíprocas concessões: *aliquo dato, aliquo retento*. Quando não revestida da forma da *stipulatio* (e portanto não sancionada pela *actio ex stipulatu*), a transação considerava-se como um pacto nu; e assim, no direito clássico, não podia gerar senão uma simples *exceptio* em favor do réu, que tivesse executado a convenção; ou também uma *replicatio doli*, em proveito do autor, contra a *exceptio* proposta pelo réu, no caso de

nenhum dos contraentes ter dado execução. Quando, porém, o direito pós-clássico introduziu a *actio praescriptis verbis*, pela qual a parte que cumpriu a convenção nua podia constanger a outra a executar, por sua vez, o pacto, também a transação se tornou diretamente sancionada por uma ação. Além disso, podia-se impugnar-lhe a validade, quando viciada por dolo ou êrro; não porém se sucessivamente fôsse desaparecer o elemento da incerteza. Com Justiniano a transação tem eficácia obrigacional direta.

(III) Análoga foi a evolução por que passou o *pactum dotis* pelo qual alguém se obrigava a constituir um dote à noiva. No direito clássica, a obrigação se realizava mediante a *dotis dictio*. Mais tarde, foi-se difundindo o uso de praticar uma *stipulatio*, ou mesmo simples convenções. Quando em 428 foi abolida a *dotis dictio*, o imperador Teodósio II deu pleno reconhecimento à *promissio dotis*, que pela praxe pós-clássico se tinha tornado um ato isento de formalidades.

Portanto a obrigação de dotar se originava de um simples pacto, reconhecido como civilmente eficaz, embora despido das formalidades externas. Assim, em alguns casos, admitiu-se mesmo a constituição tácita do dote.

(IV) Outro instituto que nessa época encontrou grande favor na prática cotidiana foi o *pactum donationis* do qual teremos ocasião de tratar no capítulo seguinte, dedicado à doação.

(V) Mas um dos exemplos mais elegantes, no respeitante à evolução jurídica dêste período, é o do *pactum* que elimina os efeitos consuntivos da *litis contestatio*, no que concerne às obrigações solidárias.

No direito clássico a contestação da lide, embora consumada com relação a um só devedor ou a um só credor, extinguia a obrigação solidária de todos. O efeito certamente não era equitativo e desde os antigos tempos a jurisprudência procurou atenuar-lhe as conseqüências; assim, o pretor renovava, em dados casos e em fôrça de um *pactum*, os efeitos da consumação da lide, rescindindo o julgamento anterior, de modo que a lide podia repetir-se contra os outros obrigados solidários. Esta orientação se estendeu no período pós-clássico, e com Justiniano tornou-se princípio de direito civil, quando o imperador aboliu o efeito da consumação da lide, pela *litis contestatio*, no referente aos não participantes da lide mesma. O próprio imperador reconhece que tal efeito era de uso cotidiano.

Capítulo III

AS DOAÇÕES

§ 116 — Doações em geral.

As Institutas de Gaio não tratam das doações [1]; nem se pode dizer tenha êste instituto jurídico definitiva configuração nos sistemas modernos. A doação pode ser encarada quer como causa dos atos jurídicos (Savigny); quer como liberalidade entre vivos, e às vêzes *mortis causa*, semelhante aos legados (sistema francês); quer como contrato unilateral, i. é, ato jurídico bilateral com efeitos obrigatórios para uma só das partes (sistema brasileiro).

Na verdade, o instituto faz parte do setor dos direitos patrimoniais, pois importa no enriquecimento dum sujeito (donatário) e no empobrecimento de outro (doador) [2]. Veremos que, em relação ao seu desenvolvimento, cada um dos três modos de encarar a doação tem sua justificativa na sistemática jurídica.

No direito romano há duas espécies de doações: (a) doação entre vivos; (b) doação em vista da morte (*mortis causa*). As doações entre cônjuges e as doações entre noivos foram consideradas ao tratarmos dos direitos de família.

Examinemos a doação entre vivos nos diversos períodos do desenvolvimento do direito romano, que, em particular, convém distinguir: o período do direito quiritário; o que vai da *lex Cincia* de 204 a. C., até uma lei de Constantino, de 316 ou 323 d. C.; o pós-clássico e justinianeu, quando se originou o instituto da moderna doação.

(I) As doações antes da lei Cíncia. O direito quiritário não reconhece a doação como ato jurídico típico, i. é, não prescreve que a liberalidade peculiar à doação assuma, para ser válida, uma forma especial e distinta das dos outros atos jurídicos do *ius civile*. A causa da liberali-

---

1. Há algumas referências em Gai. 2, 20: 2, 182; 4, 151.

2. D. 39, 5, 1 pr. Ulp.: *Donationes complures sunt. Dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri, nec ullo casu ad se reverti, et propter ullam aliam causam facit, quam, ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur.*

dade constitui uma das inumeráveis causas pelas quais se pode praticar um ato abstrato. Assim como hoje se pode assinar um título de crédito, entregando-o a quem se quer beneficiar, no direito romano quiritário, mediante a *mancipatio* ou a *in iure cessio* ou a *sponsio*, podia-se realizar uma doação. Como sabemos, nos atos jurídicos abstratos do direito quiritário, o elemento causa não tem importância jurídica; por isso a doação tem regulamentação do ato jurídico, cuja forma assumiu segundo seu objeto. Apenas a *dotis dictio* é um ato jurídico típico, que se identifica com a causa da liberalidade e tem sua forma; mas o ato é subordinado à *condicio iuris* do futuro casamento, e por isso não abrange tôdas as possíveis espécies de doação.

(II) As doações após a lei Cíncia. No fim do século III a. C., para dificultar e impedir as doações prejudiciais aos patrimônios familiares, foi decretada a *lex Cincia*. Essa lei limitava a faculdade de doar, estabelecendo uma quantia (*modus*), que não conhecemos, além da qual a doação não era permitida. A *lex Cincia* era uma lei *imperfecta*, pois não cominava sanção alguma, nem declarando o ato nulo nem impondo uma pena ao transgressor. Apenas a intervenção do pretor, que concedia uma exceção (*exceptio legis Cinciae*), conseguia indiretamente a anulabilidade do ato, dando ao doador a faculdade de se arrepender até que a doação se tornasse perfeita em todos seus elementos.

Vários casos são possíveis: (*a*) Doação superior ao *modus* legal. Suponhamos que o *modus legis Cinciae* seja cem e que a coisa doada vale cento e cinqüenta. Feita a doação, o doador não pode anular o ato por uma ação, pois a lei é despida de sanção. Mas se o donatário, não recebendo a coisa doada, move ação para reclamá-la, o doador se defende pela *exceptio legis Cinciae*, que o pretor intercala na fórmula da ação. (b) Sabemos que a transferência de propriedade de *res mancipi* se faz pela *mancipatio*. Se a coisa *mancipi* foi transferida pela *traditio*, o donatário não adquire o *dominium*, mas apenas a propriedade pretoriana. Supondo que o doador mova uma ação de reivindicação, o donatário apõe-lhe a *exceptio* que protege sua propriedade pretoriana, mas o doador replica por sua vez com uma *exceptio legis Cinciae* e ganha a lide. (c) Supondo que a transferência da coisa foi feita por *mancipatio*, tendo-se satisfeito a tôdas as exigências do *ius civile*, i. é, tendo-se praticado a *mancipatio* juntamente com a tradição da coisa, o doador não tem nenhum recurso decorrente da jurisdição pretoriana, porque a lei Cíncia é despida de sanção. Entretanto o pretor pode conceder-lhe no prazo de seis meses o interdito *utrubi* que dará ganho de causa a quem possuiu o móvel por mais tempo, no ano anterior. À defesa do donatário (*exceptio rei donatae et traditae*), o doador opõe vitoriosamente a *exceptio legis Cinciae*.

As disposições da lei Cíncia levaram os jurisconsultos a examinar a causa dos atos jurídicos (*causa donationis*), pois, ato praticado por espírito de liberalidade pode recair sob a proibição da lei. Ao mesmo resultado chega a proibição, introduzida no fim do período republicano, da doação entre cônjuges. Por outro lado, os atos jurídicos abstratos

vão desaparecendo e assim se torna mais fácil à jurisprudência a pesquisa da *causa donationis*.

(III) As doações no período pós-clássico. Em virtude do *pactum donationis* o doador se obrigava a constituir um direito em favor do donatário. Como os outros pactos nus, no direito clássico esta convenção não gerava obrigação, a não ser que tivesse sido praticada por *stipulatio*. Pelo contrário, no período pós-clássico, contra as formas solenes e o rigorismo arcaico, foi reconhecida a eficácia do *nudum pactum donationis*, da categoria dos pactos legítimos. A moral cristã teve grande influência na difusão das liberalidades pias praticadas sem restrições.

Assim, no princípio do século IV, quando a *causa donationis*, por um processo de evolução interna, assume caráter de ato jurídico típico, o imperador Constantino requer para a validade da doação, o ato escrito, a *traditio* em público (*advocata vicinitate*) e o depósito do instrumento nos arquivos públicos (*insinuatio apud acta*).

Na legislação posterior e justinianéia, a *insinuatio apud acta* do documento é exigida *ad solemnitatem*, i. é, constitui requisito para a exigência da doação superior à quantia de quinhentos soldos; a entrega da coisa é como a execução da doação.

Encerra-se assim a evolução do instituto jurídico encarado como pacto legítimo; por isso, pressupondo o acôrdo de vontades das partes, em particular a aceitação do donatário, não passa de um contrato.

§ 117 — Regime jurídico da doação.

A doação, quanto ao direito que confere ao donatário, pode ser de três tipos: (a) Doação real, quando produz a transferência da propriedade das coisas doadas. De tal tipo é a doação que se realiza pela *mancipatio* ou pela *in iure cessio*. (b) Doação obrigatória, quando o ato atribui ao donatário apenas uma ação pessoal contra o doador, visando a execução da prestação prometida. Assim é obrigatória a doação feita mediante a *stipulatio*, em virtude da qual o donatário obtém a prestação intentando uma *actio ex stipulatu* contra o doador que lhe prometeu a coisa. Tem caráter obrigacional a *dotis dictio*. (c) Doação liberatória, quando o doador abona um crédito, ou mais em geral, um direito que tem contra o donatário. A doação liberatória pode-se praticar mediante uma *acceptilatio*, transformando-se porém antes o crédito numa obrigação verbal (*stipulatio aquiliana*) ou escrita; efeito mais limitado tem o *pactum de non petendo*.

O doador não é responsável pela evicção, pois, p. ex., sendo a doação feita pela *mancipatio nummo uno*, i. é, de um sôldo, a responsabilidade do doador é irrisória. Naturalmente o doador pode estipular expressamente que responde pela evicção.

O doador goza do *beneficium competentiae*, i. é, pode deduzir, do que deu, o necessário e suficiente para viver.

Enfim, a doação pode ser revogada: (a) Quando o doador, tendo imposto ao donatário um encargo, êste não o cumpre. (b) Por sobreveniência de filhos ao doador, quando se trata de doações feitas pelo patrono ao liberto. De modo análogo à revogação do testamento, por sobreveniência de filhos (*adgnatione postumi rumpitur testamentum*)[1], êste caso de revogação é ampliado por Justiniano. (c) Por ingratidão do donatário para com o doador, que se deve concretizar em injúrias graves ou tentativas de homicídio na pessoa dêste. No caso de ingratidão, é intransmissível a ação passivamente (*actiones vindictam spirantes*), i. é, não pode intentar-se contra os herdeiros do donatário.

§ 118 — Doações mortis causa.

Chama-se *donatio mortis causa* a subordinada à condição de o doador morrer antes do donatário. O ato não se considera perfeito antes da morte do doador.

O instituto tem aplicação prática no caso de o doador dever arrostar um perigo (guerra, longa viagem etc.), pois a doação *mortis causa* fica sujeita à condição resolutória da volta do doador. Mas há outros casos de aplicação.

Por onde, a doação por causa de morte difere da entre vivos porque: (a) caducará no caso de o doador morrer depois do donatário; (b) poderá ser revogada pelo doador *ad nutum*, i. é, quando quiser.

Substancialmente, esta forma de doação é como um legado, o que não escapou aos jurisconsultos e à legislação imperial; por isso, no decurso do tempo, a *donatio mortis causa* veio a ser submetida ao mesmo regime dos legados, quer quanto à capacidade de receber, do sujeito, quer quanto às reduções legais. Justiniano ensina: *Mortis causa donatio est quae propter mortis fit suspicionem: cum quis ita donat, ut, si quid humanitus ei contigisset, haberet is, qui accepit; sin autem supervixisset, qui donavit, reciperet, vel si eum donationis poenituisset, aut prior decesserit is, cui donatum sit. Hae mortis causa donationes ad exempllum legatorum redactae sunt per omnia...; a... nobis constitutum est, ut per omnia fere legatis connumeretur... Et in summa, mortis causa donatio est, eum magis se quis velit habere quam eum, cui donatur, magisque eum, cui donat, quam heredem suum*[1].. Isto é: "doação *causa mortis* é a que alguém faz, na previsão da morte, dando alguma coisa ao aceitante no caso de morrer o doador, no de arrepender-se da doação, ou no de sobreviver ao aceitante. Estas doações foram em tudo assimiladas aos legados... resolvemos que fôsse em quase tudo considerada como legado... Afinal tal doação se dá quando o doador quer que a coisa lhe venha a caber de preferência ao donatário de preferência ao herdeiro".

---

1. Gai. 2, 131.
1. Inst. 2, 7, 1.

CAPÍTULO IV

OBRIGAÇÕES POR ATOS ILÍCITOS

§ 119 — Dos atos ilícitos como fontes de obrigações.

O ato ilícito implica a obrigação de indenizar a parte lesada e a condenação a uma pena pecuniária. O *maleficium* ou *delictum* é assim fonte de obrigações. Dado o sistema romano, que reconhece figuras de contrato e de delito de tipos determinados, apenas quatro delitos importam a responsabilidade perante o *ius civile*.

Desde o período clássico o pretor, não sòmente declarou responsáveis os *peregrini*[1], mas também concedeu ações honorárias, decorrentes de outros atos ilícitos, ações pelas quais se visava obter uma determinada pena pecuniária; assim a jurisdição pretoriana construiu outras figuras de delitos, que, embora não geradores de *obligatio* no sentido civil, implicavam a responsabilidade do autor. O regime de tais delitos pretorianos não deixou de influenciar sôbre o dos *delicta* pròpriamente ditos.

Na sua exposição Gaio considera apenas os delitos civis[2]. Justiniano inclui os atos ilícitos, de origem pretoriana, na figura geral dos quase-delitos, que porém, como já observamos, não tem nenhuma correspondência com a figura geral dos quase-contratos.

Dos *delicta* do *ius civile* decorrem *actiones poenales*, com as seguintes características:

(I) As ações penais são intransmissíveis passivamente, i. é, não podem opor-se contra os herdeiros do réu: *poenales actiones in heredem nec competere nec dari solent*[3]. O pretor, todavia, concedeu ação contra os herdeiros para alcançar uma condenação dentro dos limites do seu enriquecimento, i. é, das vantagens patrimoniais que os herdeiros tivessem obtido, em conseqüência do delito praticado pelo *de cuius* (*in id quod pervenit*). No que diz respeito ao lado ativo, tais ações em regra são transmissíveis, e portanto podem-nas intentar os herdeiros da parte lesada, a não ser que sejam *actiones vindictam spirantes*, i. é,

1. Gai. 4, 37.
2. Gai. 3, 182-225.
3. Gai 4, 112.

que não visem uma indenização patrimonial, mas apenas uma satisfação moral do ofendido (*magis vindictae quam pecuniae persecutio*)[1].

(II) As ações penais do *ius civile* dão lugar a obrigações solidárias cumulativas dos co-autores do delito, cada um dos quais, portanto, deve resgatar integralmente a pena cominada. Além disso, podem-se cumular com qualquer outra ação real ou contratual, eventualmente conexa com o delito e visando obter a coisa. Os atos ilícitos de origem pretoriana, pelo contrário, geram obrigações solidárias eletivas.

(III) As ações penais têm caráter perpétuo. Pelo contrário, as ações decorrentes de atos ilícitos pretorianos são concedidas em geral apenas dentro de um ano do fato delituoso[2].

Quando o delito é praticado por um *filius familias* ou um escravo, as *actiones poenales* são *noxales,* i. é, podem intentar-se contra quem quer que tenha em seu poder o filho ou o escravo, pois *noxa caput sequitur*[3]. Mas, não sendo o *pater familias* responsável além do corpo do seu dependente[4], admite-se que o réu duma *actio noxalis* possa livrar-se da responsabilidade entregando o culpado à parte lesada (*noxae deditio*).

Segundo os Sabinianos a *actio noxalis* se extingue se o autor do delito, filho ou escravo, cair em poder do prejudicado, pois *res eum casum deducta sit, in quo consistere non potuerit;* segundo os Proculianos a *actio noxalis* neste caso *quiescit* e se pode intentar se o culpado tiver saído do poder do prejudicado. Justiniano acolheu a opinião dos Sabinianos; mas a dos Proculianos, em matéria de confusão, foi seguida pelo legislador brasileiro[5].

No direito pós-clássico, quando o *filius familias* se tornou capaz de direitos patrimoniais, a *noxae deditio* já não tem razão de ser, no que lhe diz respeito, e foi abolida definitivamente por Justiniano. Conservou-se, porém, com relação aos escravos.

§ 120 — Delitos do ius civile.

Os delitos do direito civil antigo são os seguintes: *furto, roubo, dano injustamente causado* (*lei Aquilia*), *injúria.*

(I) *Furtum est contrectatio rei fraudulosa, lucri faciendi gratia vel ipsius rei vel etiam usus eius possessionisve*[6].

Gaio ilustra em particular êste delito[7]. Para haver furto são necessários dois elementos : o material e o intencional.

1. Dêste tipo é a *actio iniuriarum* (Gai. 4, 112) e a ação por violação de sepultura (*actio sepulchri violati*).
2. Excepcionalmente, a *actio furti manifesti,* embora decorra da jurisdição pretoriana, é perpétua: Gai. 4, 111; 3, 189.
3. Gai. 4, 77.
4. Gai. 4, 75.
5. Gai. 4, 78; Inst. 4, 8, 6.
6. D. 47, 2, 1; Inst. 4, 1, 1.
7. Gai. 3, 183-208.

O elemento material consta da *contrectatio*, que é a subtração da coisa alheia: o apoderar-se dela contra a vontade do dono (*invito domino*). Assim não se podem furtar as coisas hereditárias que, enquanto não possuídas pelo herdeiro, não têm dono [1]. A *contrectatio* não pressupõe necessàriamente o desvio da coisa. Os romanos entendiam que se podia furtar o uso da coisa alheia (*furtum usus*), quando empregada para fins diferentes daqueles a que tinha direito o detentor. Assim, p. ex., no comodato, o comodatário, que recebe uma coisa para certo uso, usando-a para outro, furta o uso da coisa. Considera-se furto da posse (*furtum possessionis*) o que o próprio dono pratica contra quem goza do direito de ter a coisa [2]. O furto só é possível de coisas móveis.

O elemento intencional consiste na intenção de tirar vantagem do fato delituoso (*animus lucri faciendi*). *Furtum sine dolo malo non committitur* [3]; *furtum ex adfectu consistit* [4]; *furtum enim sine adfectu furandi non committitur* [5].

Distinguem-se vários tipos de furto, que provocam diferentes penas: *furtum manifestum* se verifica quando o ladrão foi apanhado em flagrante; é punido então com a pena do quádruplo do valor da coisa furtada. *Furtum nec manifestum,* quando não houve flagrância: a pena é do dôbro. *Furtum conceptum* chama-se ao furto apurado mediante inquérito formal no domicílio do detentor da coisa alheia, que responde pelo triplo do valor dela. *Furtum oblatum,* quando o detentor da coisa não sabe que foi furtada; pode intentar ação contra o ladrão para a restituição da quantia que foi condenado a pagar ao dono da coisa.

Do furto decorrem duas ações: (a) A *actio furti*, penal, que compete ao proprietário da coisa e a quem tem interêsse em que o furto não haja sido praticado (*cuius interest rem salvam esse*), como o usufrutuário, o credor pignoratício etc.; (b) A *condictio furtiva* [6] também contra os herdeiros, que visa recuperar a coisa e é concedida só ao proprietário, derrogando excepcionalmente, por ódio aos ladrões, o princípio segundo o qual não pode demandar-se por ação *in personam* (*si paret dare oportere*) o que é já nosso. Não tem a *actio furti o paterfamilias* contra filho ou a mulher ou o liberto, mas o furto existe quanto aos co-réus.

(II) O roubo ou rapina [7], no comêço, era punido como furto, tendo os mesmo elementos constitutivos e a violência a mais. No fim da República se introduziu uma ação especial, *actio vi bonorum raptorum* quando o furto fôsse praticado por homens armados e em bando. A ação

---

1. Gai. 3, 201; 2, 52.
2. Gai. 3, 196.
3. Gai. 3, 197.
4. Gai. 3, 208.
5. Gai. 2, 50.
6. Gai. 4, 4.
7. Gai. 3, 209; 4, 182.

implicava numa pena do quádruplo, se intentada dentro de um ano, do fato delituoso; numa pena da mesma quantia (*in simplum*), se intentada depois; com o decurso dos séculos, a ação se estendeu a todos os casos de rapina.

(III) *Damnum iniuria datum*[1]. A *lex Aquilia de damno*, plebiscito posterior à lei Hortênsia, do III século antes de Cristo, no seu primeiro capítulo estabeleceu, que quem tivesse morto um escravo ou um animal alheio, fôsse condenado no mais alto valor que tivesse tido no ano anterior ao delito. No terceiro capítulo dispunha, que quem tivesse ferido um escravo ou um animal alheio, como também destruído ou deteriorado coisa corpórea alheia, devesse pagar ao proprietário o mais alto valor que o objeto tivera nos trinta dias precedentes ao delito.

Para intentar a *actio legis Aquiliae* era preciso: (a) que o dano tivesse sido causado *iniuria*, i. é, contra o direito; (b) uma falta positiva (*culpa in commitendo*). P. ex., deixar o escravo alheio morrer de fome não implicava a responsabilidade, por ser uma *culpa in omittendo*. Qualquer falta imputável ao autor era suficiente: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*[2]; (c) um dano *corpori corpore datum*, quer dizer, o dano deve ser causado por um contato direto do corpo do autor com o da vítima.

A ação não podia ser exercida senão pelo proprietário da coisa danificada, que devia ser cidadão romano. Mais tarde, a jurisprudência estendeu a aplicação da lei (*actio utilis legis Aquiliae*), no ponto de vista subjetivo e objetivo. Subjetivamente, o pretor declarou responsavel o *peregrinus*[3] e concedeu a ação ao usufrutuário, ao credor pignoratício, ao possuidor etc. Objetivamente, o elemento do *damnum corpore corpori datum* passou a ter compreensão màis ampla e, p. ex., considerou-se responsável também quem tivesse assustado o escravo alheio que, em conseqüência disso caísse num precipício. A ação era *in simplum* contra quem confessava; *in duplum* contra o autor do dano, que negava [4].

(IV) Chama-se *iniuria*[5] a ofensa de qualquer espécie, física ou moral, feita a uma pessoa, contra o direito.

Na lei das XII Tábuas eram contempladas hipóteses determinadas de *iniuria* física: o *membrum ruptum*, membro mutilado, implicava a pena de talião. O *os fractum*, o osso quebrado, a pena de trezentos asses, sendo a pessoa lesada livre; ou de cento e cinqüenta asses, sendo escrava; a *iniuria* simples dava lugar à pena de vinte e cinco asses.

Esta repressão cedo se tornou inadequada e a *actio iniuriarum* transformou-se em *aestimatoria*, i. é, eram levadas em conta as circunstâncias de tempo, lugar e as qualidades das pessoas, segundo as quais se estabelecia o *quantum* da condenação. A ação era anual. De outro

---

1. Gai. 3, 210, 219.
2. D. 9, 2, 44 pr. Ulp.
3. Gai. 4, 37.
4. Gai· 4, 171.
5. Gai. 3, 220-225; 4, 182; 4, 112.

lado havia uma *actio contraria iniuriarum* proponível contra quem tivesse temeràriamente acionado por injúria [1].

Em casos especiais, (lesões, violação de domicílio) havia uma *actio ex lege Cornelia,* que prescrevia em trinta anos.

§ 121 — Delitos pretorianos.

Além de modificar e estender a muitos casos a repressão dos delitos do *ius civile,* como no caso de rapina e da lei Aquilia, o pretor levou em conta e puniu vários atos que foram considerados ilícitos pela consciência social. Na falta de outra ação para obter a reparação do mal, o pretor concedia a *actio doli* que, contudo, era uma ação *subsidiaria.* Havendo violência (*metus*), a parte lesada podia intentar a *actio metus,* também contra terceiros que, embora não tivessem participado da violência, dela tivessem tirado vantagens. Quem tivesse corrompido um escravo alheio respondia pela *actio servi corrupti,* pela qual era condenado no dôbro da diminuição do valor sofrido pelo escravo.

Merecem particular consideração os delitos pretorianos agrupados por Justiniano na categoria dos quase-delitos, e a *fraus creditorum.*

Pretende-se que na categoria bizantina dos quase-delitos falta o dolo e a culpa do agente; mas isto nem sempre é verdadeiro. Por certo, às vêzes a responsabilidade do autor é meramente objetiva.

Os quase-delitos são os seguintes [2]:

(I) *Iudex qui litem suam fecerit.* Quando o juiz por má fé ou negligência pronunciou uma sentença injusta [3] ou não cumpriu seu dever de julgar, é responsável pelo prejuízo causado à parte.

(II) *Effusum et deiectum.* Quando se despejou (*effusum*) um líquido ou se atirou (*deiectum*) um objeto sólido de um edifício, causando dano a outrem, o morador que assim procedeu é responsabilizado.

(III) *Positum et suspensum.* Quem quer que conserve num edifício um objeto colocado ou suspenso, de modo a poder causar dano ao transeunte, pode ser acionado por qualquer cidadão e ser obrigado a pagar multa de dez mil sestércios.[4]

(IV) Os capitães de navio (*nautae*), donos duma hospedaria (*caupones*), duma estalagem (*stabularii*) são responsáveis pelo furto sofrido pelo passageiro ou hóspede, mesmo sem culpa dêles.

Fraus creditorum significa prejuízo para os credores; consiste em um devedor praticar conscientemente atos donde resulte a sua insolvência ou o agravamento de sua situação patrimonial, perante o credor.

---

1. Gai. 4, 117.
2. D. 44, 7, 5, 4.
3. Gai. 4, 52.
4. D. 9, 3, 5, 6.

Para reprimir esta fraude, o pretor originàriamente dava ao credor um *interdictum fraudatorium*, do qual há poucas notícias. Mais tarde, em época indeterminada, foi criada uma ação chamada Pauliana, talvez do nome do pretor que primeiro a concedeu. Mediante a ação Pauliana os credores alcançam a revogação dos atos praticados pelo devedor em fraude de seus direitos.

Para intentar a *actio Pauliana* é preciso que tenha havido um empobrecimento do devedor. Um ato pelo qual êle deixa de se enriquecer, como p. ex., repudiar uma herança, não basta. Além disso, é necessário que o devedor pratique efetivamente um ato donde resulte a sua insolvência ou dificuldade em pagar (*eventus damni*). Esta insolvência se revelava pela imissão de credores na posse dos bens do devedor (*missio in possessionem*). Enfim era necessária a cumplicidade de terceiro, que se aproveitara do ato praticado pelo devedor, salvo em se tratando de alienação a título gratuito. Neste caso, o terceiro, mesmo de boa fé, podia ser demandado.

A *actio Pauliana* era proposta em nome de todos os credores pelo *curator bonorum vendendorum*, que representava, no processo de liquidação dos bens do devedor, papel análogo ao do síndico, na falência moderna. De maneira que a todos os credores, mesmo os posteriores ao ato fraudulento, aproveitavam os resultados da ação.

A ação era exercida contra o terceiro beneficiário do ato fraudulento. Êste era condenado no valor do prejuízo causado ao credor, dentro de um ano, a partir do delito, quando cúmplice do devedor; no montante de seu enriquecimento, quando de boa fé ou quando perseguido depois de um ano.

Parece que a ação Pauliana tinha um caráter penal; sancionava o delito de *fraus creditorum* ao lado da *actio de dolo* e da *actio quod metus causa*. Entretanto, não podia ser concedida *noxaliter*, quando o autor do delito era uma pessoa *alieni iuris;* e era transmissível passivamente, contra os herdeiros do delinqüente, mas sòmente na medida de seu enriquecimento.

IV — DIREITO DAS SUCESSÕES

Capítulo I

SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA E AB INTESTADO

§ 122 — Conceito e conteúdo da *hereditas*.

A origem da sucessão hereditária se apresenta intimamente conexa com os direitos de família. A própria terminologia parece pôr em relêvo tal conexão, pela qual a sucessão *mortis causa* se apresenta como a perpetuação da própria família.

Antes da Lei das XII Tábuas o organismo familiar conserva tôda a sua integridade, pois pela morte do *paterfamilias* o grupo se mantém unido sob a égide dum nôvo chefe; e êste, por eleição do predecessor, perpetua os poderes que no seu conjunto constituem a soberania na família.

Pois bem, a primitiva *hereditas* consiste precisamente no conjunto dêstes poderes, nos quais, por designação do *pater* falecido, é chamado a suceder o nôvo *paterfamilias*, i. é, o *heres*.

A finalidade originária e essencial da sucessão hereditária não é portanto a transmissão do patrimônio do falecido, mas sim a de assegurar a continuidade do grupo familiar, por meio da sucessão do *heres, in locum defuncti* [1]. A transmissão dos direitos patrimoniais não é senão uma conseqüência da sucessão no *ius defuncti: heres in omne ius mortui, non tantum in singularum rerum dominium succedit* [2]. Neste e em outros textos *ius* não quer dizer direito, mas situação jurídica do falecido.

É natural que, quanto mais a *familia* se desenvolve, perdendo o caráter originário, tanto mais se vai modificando a posição jurídica do *paterfamilias* no grupo e a primitiva natureza da *hereditas*. Muitas das relações não patrimoniais desapareceram paulatinamente ou deixaram mui tênues vestígios; algumas se separaram dela para tornar-se atributo dos filhos ou de outros parentes, independentemente da sua condição de herdeiros.

Mas embora perdendo o seu conteúdo tìpicamente familiar, a *hereditas* conservará por muito tempo os sinais de sua remota origem e sobre-

---

1. Gai 4, 34.
2. D. 29, 2 , 37 Pomp.

tudo ficará sempre *successio in ius defuncti,* pois a sua evolução se realiza, não por mudança dêste conceito, mas em conseqüência da gradual modificação do conteúdo próprio do *ius defuncti.*

Uma definição que se tornou famosa, reza: *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit* [1].

Na *hereditas* se compreendem relações jurídicas ativas e passivas, i. é, bens, crédito e dívidas do falecido. Mas à diferença do que se dá no direito brasileiro, o *heres* sucede nas dívidas do *de cuius*, ainda que superiores às fôrças hereditárias (*ultra vires*).

§ 123 — Sucessão testamentária.

De acôrdo com sua finalidade, a herança se transmite em regra por testamento, i. é, por aquêle ato pelo qual o *de cuius* institui um sucessor, atribuindo-lhe o título de herdeiro e ditando-lhe as suas últimas vontades. É êste, em verdade, o ato mais importante que um *paterfamilias* possa praticar durante a vida, como chefe do grupo familiar. Por isso se realiza de forma tão rigorosa e solene, que muitas vêzes deixa transparecer o caráter originário da própria herança.

Nas épocas mais remotas isto sucedia por ocasião dos comícios curiatos, sob a presidência do pontífice máximo, convocado duas vêzes por ano, a fim de, com o testemunho do povo, cada *paterfamilias* poder manifestar a sua última vontade (*testamentum calatis comitiis*) ou então perante o exército pôsto em ordem de combate, e, no intervalo, entre dois auspícios rituais, se o próprio testador devia participar da luta (*testamentum in procinctu*)[2].

Menos solene, entretanto, por ser a expressão duma fase intermediária no desenvolvimento do conceito de *hereditas*, é a *mancipatio familiae*, pela qual em presença de cinco testemunhas, do porta-balança (*libripens*) e do comprador do patrimônio (*emptor familiae*), o testador nomeia o herdeiro, ou, segundo o uso mais recente, apresenta as *tabulae testamenti* ao próprio *emptor*, declarando-lhe a vontade de dispor dos seus direitos segundo está nêle escrito (*testamentum per aes et libram*) [3]. Isto revela talvez a primeira e original invasão do espírito patrimonial na instituição do testamento, invasão que, como veremos, assumirá grande importância no ulterior desenvolvimento da sucessão hereditária.

Com o correr dos tempos, porém, também esta forma de ato de última vontade se revela demasiado formalista e complicada, em relação às novas exigências sociais, pois, omitindo-se alguma das formalidades prescritas, o testamento é nulo. Para evitar tão graves conseqüências, intervém o pretor com os seus múltiplos meios processuais e sobretudo

---

1. D. 50, 17, 62 Iul. O adjetivo *universum* é supérfluo no direito clássico, onde a *successio* é sempre universal.
2. Gai. 2, 101.
3. Gai. 2, 102-103.

atribuindo ao instituído a posse dos bens hereditários, ainda que as tábuas testamentárias sejam deficientes em relação ao *ius civile* (*bonorum possessio secundum tabulas*). Surge assim, da jurisdição pretoriana e se difunde na prática o testamento pretoriano, pelo qual é lícito omitirem-se as formas da *mancipatio*[1]. A evolução desta nova forma de testamento não pode considerar-se completa senão a partir do II séc. d. C., quando foi permitido ao *bonorum possessor secundum tabulas* repelir com a *exceptio doli* a pretensão do herdeiro legítimo e, em certos casos, até a do instituído por fôrça de um testamento civilmente válido.

Finalmente, quando no período do Baixo Império se concluiu, em virtude da praxe, a natural evolução pela qual da fusão dos vários ordenamentos jurídicos se forma um nôvo direito, também o testamento pretoriano se modificou para dar lugar à nova forma de ato de última vontade, que estabelecida de modo definitivo por Teodósio II no ano 439 d. C. constituirá o *testamentum tripertitum* da compilação justinianéia, assim chamado justamente porque decorre da fusão do direito civil antigo, do direito pretoriano e das constituições imperiais[2].

§ 124 — A instituição de herdeiro.

Dada a função originária da herança romana, tôda a importância do testamento se concentra lògicamente na *heredis institutio*, quer dizer, na designação que o testador faz da pessoa que, *mortis causa*, deverá suceder-lhe na soberania que lhe está afeta. Esta designação se apresenta portanto como o ato essencial do próprio testamento e assim permanecerá até Justiniano, não obstante a profunda evolução do organismo familiar.

A *heredis institutio* é denominada nas fontes clássicas *caput et fundamentum totius testamenti*[3]; portanto não deve faltar, nem pode pospor-se a nenhuma outra disposição. Com efeito, é pela atribuição do título de *heres* à pessoa capaz de assumí-lo, que o testamento adquire fôrça jurídica; de outro modo o ato é absolutamente nulo, não sendo admissível que a vontade do testador se efetive sem lhe suceder um *heres* por designação, na sua própria situação jurídica.

Dada a fundamental importância desta determinação, a lei prescreve se cumpra de forma rigorosamente imperativa (*Titius heres meus esto*)[4]; e, embora com o perpassar dos tempos todo êste rigorismo se vá gradualmente atenuando, a referida prescrição só mui dificilmente desaparecerá.

Para instituir ou ser instituído herdeiro é mister, além disso, ter capacidade (*testamenti factio activa e passiva*). As exigências legais para a ativa são capacidade de agir, possibilidade material de fazer tes-

1. Gai. 2, 119, 147, 149-a.
2. Inst. 2, 10, 3.
3. Gai. 2, 229.
4. Gai. 2, 115-117.

tamento, *comercium*, ser *sui iuris*. Não têm *testamenti factio* passiva os *peregrini*, as pessoas condenadas à pena capital, filhos e filhas culpados de alta traição, pessoas incertas (incluídos os póstumos), pessoas morais em geral (exceto, no último período, os *municipia* e as Igrejas) e, no direito justinianeu, os *intestabiles* (filhos de *perduelles*) e os réus de *libellum famosum*.

Sòmente em 336 d. C., uma constituição do imperador Constâncio isentará a *heredis institutio* da forma direta e imperativa. Justiniano reafirmou o princípio, abolindo outrossim a necessidade do uso da língua latina e a prescrição, que a instituição de herdeiro deva preceder tôdas as outras eventuais declarações testamentárias. No direito clássico havia discussão entre Proculianos e Sabinianos acêrca da ordem das disposições testamentárias. Os Sabinianos sustentavam que a observação do tutor não podia preceder a do herdeiro; os Proculianos, observando que *nihil ex hereditate erogatur tutoris datione*, julgavam o contrário. Justiniano optou pela opinião dos Proculianos atribuindo, por outro lado, fundamental importância à *voluntas testatoris*[1].

§ 125 — Institutio ex re certa.

A *heredis institutio* consiste pois, na declaração ritual pela qual o testador designa a pessoa que lhe deverá suceder na herança. No ponto de vista lógico, portanto, não é admissível o testador institúa herdeiro, dispondo ao mesmo tempo lhe suceda em coisas diversas, da herança[2]. Mas os jurisconsultos clássicos, que certamente não põem em dúvida êste corolário evidente, contudo para favorecer a sucessão testamentária, não hesitam em buscar meios que permitam considerar como válidas algumas instituições praticadas em têrmos contraditórios.

Já ao tempo de Cícero, com efeito, chamado a responder sôbre o caso em que alguém tivesse sido instituído herdeiro com exclusão de um prédio (*excepto fundo fuisset aliquis institutus*)[3], Gallo Aquílio se exprime no sentido que tal designação deva considerar-se válida instituição de herdeiro, como se não tivesse havido aquela exceção, oferecendo assim aos jurisconsultos posteriores o motivo para declarar que no caso de *institutio ex re*, i. é, de instituição numa coisa determinada, *valet institutio detracta rei certae mentione*[4]. Graças a êste elegante expediente, a jurisprudência consegue superar a evidente contradição entre a simultânea instituição, na herança e num bem determinado, resolvendo outrossim os variados casos práticos aos quais pode dar origem tal instituição.

---

1. Gai. 2, 231; Inst. 2, 20, 34.
2. i. é, em coisas (singulares) do acervo hereditário, sem suceder na totalidade da herança.
3. D. 28, 5, 75 Licin. Rufin.
4. D. 28, 5, 1, 4 Ulp.; D. 28, 6, 41, 8 Papin.

Assim, em virtude do *favor testamenti*, o instituído em um único bem sucede na herança, pelo simples fatc de ter sido nomeado *heres* do *de cuius*.

A instituição de herdeiro *ex re certa* encontra ampla aplicação no testamento militar, instituto absolutamente excepcional dentro dos princípios romanos. Neste caso é considerada plenamente válida; e também são reconhecidas válidas as atribuições de coisas isoladas feitas ao herdeiro, as quais são julgadas diretamente como prelegados, i. é, legados deixados ao herdeiro. No caso de atribuição de dois conjuntos patrimoniais, como bens castrenses e não castrenses, a jurisprudência concordemente conclui ser lícito aos militares *separare species bonorum*[1] e instituir, a êstes, herdeiros, fazendo em substância instituições *ex re certa* com o efeito de instituições regulares, por constituir cada *species* um quase-patrimônio e poder, portanto, considerar-se como herança de pessoa diversa.

§ 126 — Sucessão ab intestato.

O caráter da primitiva organização familiar implica a necessidade de, pela morte do *paterfamilias*, alguém lhe suceder no supremo poder sôbre o grupo, a fim de êste não ficar acéfalo. Cada chefe providencia para essa inderrogável exigência, como se disse, pelo testamento. Isto não impede todavia que o nôvo chefe possa falecer antes de ter designado seu sucessor; e essa eventualidade de certo muito grave se não fôsse prevista a maneira de regulá-la, dada a profunda perturbação que causa na ordem da família. Daí a necessidade satisfeita desde os mais remotos tempos, de estabelecer um regulamento de sucessão na *hereditas*, ainda no caso de o *paterfamilias* morrer sem testamento ou tê-lo feito inválido; sucessão que, em contraste com a testamentária, as fontes designam como *successio ab intestato*.

Esta sucessão supletiva, e portanto subordinada e excepcional, em relação à testamentária, confirma o caráter originário do regime hereditário romano. Com efeito, êste não se baseia nos vínculos de sangue, mas exclusivamente na organização do grupo familiar, tendo em conta as relações de *agnatio* e de *gentilitas* como nos é explìcitamente atestado por uma densa disposição da Lei das XII Tábuas: *Si intestato moritur, cui suus heres nec escit, adgnatus proximus familiam habeto. Si adgnatus nec scit, gentiles familiam habento.*

Em virtude desta norma[2], faltando o sucessor testamentário, são chamados no *ius defuncti* os *filii familias* do mesmo *de cuius*, que, em matéria de herança, são denominados *sui*. Os netos, se são chamados, sucedem por estirpe, i. é, recebem independentemente de seu número o quinhão que teria cabido ao seu pai. Na falta dêles, i. é, no caso de

1. D. 29, 1, 17, 1 Gai.; D. 36, 1, 17 (16), 6 Ulp.
2. Gai. 3, 1 ss.; integrado de Coll. 16, 2, 1-5.

familia proprio iure do falecido não perpetuar-se em outras famílias, são chamados à sucessão os agnados ligados ao *de cuius* pelo mesmo e mais próximo grau de parentesco civil (*agnatus proximus*), excluídas porém as mulheres não consanguíneas do falecido. Enfim, faltando também esta classe de sucessores, a herança se transmite em favor de tôdas as pessoas da mesma nacionalidade ou gens do *de cuius* (*gentiles*), cognominadas também *extranei*, como aliás todos os herdeiros testamentários não sujeitos ao poder do *de cuius*. Mas esta terceira classe de sucessores desaparece no primeiro século do Império, dissipando-se todos os vestígios do antigo direito gentilício.

De outras fontes resulta isso mesmo, que já no tempo da Lei das XII Tábuas, a sucessão intestada se estendia também aos libertos, regulada porém de modo diverso, pois não tendo o liberto *heredes sui* (a primeira classe de sucessores), lhe sucede a família da qual o *de cuius* foi escravo, i. é, o *patronus* e a *patrona;* e na falta dêstes, os seus descendentes ligados pelo vínculo agnatício, e enfim, na falta de sucessores, os agnados e os gentis. De modo análogo se regula a sucessão do emancipado.

Tôda esta gradual evolução, antes não admitida, mas depois ràpidamente aceita, tende a sublocar o conceito de *hereditas* aos efeitos da sua natureza primitiva.

Paralelamente à afirmação dos direitos do sangue acentua-se a infiltração do elemento patrimonial no conceito da *hereditas*. Paralela, dizemos, no seu desenvolvimento; mas, cronològicamente, é fato consumado desde os primórdios do direito romano, sem que disso necessàriamente signifique a exclusão de elementos não patrimoniais. Em tôda esta evolução, o único elemento que se conservou até Justiniano, e depois dêle, é a necessidade da investidura no título de herdeiro.

No atinente aos sucessores, vimos como a sucessão intestada do antigo direito se baseia sòlidamente nos vínculos da *agnatio* e da *gentilitas,* conforme os caracteres primitivos do direito hereditário. Sòmente em época mais adiantada e através da gradual transformação que se processa por meio do *pretor* e da *cognitio extra ordinem,* os direitos naturais do vínculo de parentesco (*cognatio*) reagirão vigorosamente contra o direito antigo e, ainda mais, contra a sucessão testamentária, triunfando de maneira definitiva só depois da publicação da compilação de Justiniano.

§ 127 — Relações entre sucessão testamentária e ab intestato.

O desenvolvimento histórico do antigo organismo familiar e os caracteres mesmos da *hereditas* fazem supor que a sucessão testamentária tenha tido, desde a origem, posição de absoluta preeminência jurídica sôbre a sucessão intestada. A mesma terminologia aliás o confirma com a expressão *ab intestato* usada na Lei das XII Tábuas e em outros textos; ela significa que a sucessão da classe dos *sui* e dos *agnati* ou dos *gentiles* se abre sòmente na falta de testamento. Isto não exclui, entretanto,

que a sucessão testamentária possa ser objeto de limitações. Pelo contrário, é de supor que pertence aos primórdios do direito romano o uso tornado lei em época posterior, de escolher o herdeiro entre os *filiifamilias* ou, na falta dêstes, entre os agnatos mais próximos. É pois bem provável que as regras da sucessão *ab intestato,* relativas à ordem da vocação hereditária das diversas classes de sucessores, sejam tiradas das mencionadas limitações acêrca da designação do herdeiro testamentário, que aparecem conforme às exigências da organização da primitiva sociedade romana.

A função, no direito antigo, da sucessão intestada é pois a de chamar segundo uma ordem preestabelecida de classes, quem quer que suceda na herança, no caso de o *de cuius* não ter designado o próprio herdeiro, ou tê-lo nomeado de modo ineficaz. Ela, portanto, não precede, mas é conseqüente, histórica e jurìdicamente, como exigência lógica e natural, à sucessão testamentária, intervindo, na falta desta, como expediente direto para conservar, tanto quanto possível, a ordem familiar e a integridade do grupo agnatício.

Com o desenvolvimento do instituto da *familia* e a invasão do espírito patrimonial na herança, a sucessão testamentária e *ab intestato* sofrem naturalmente sensíveis limitações. Com o decurso do tempo, de fato desaparecem as limitações legislativas quanto à escolha do herdeiro testamentário, que pode então tocar a várias pessoas, simultâneamente chamadas e de todo estranhas ao testador. A sucessão intestada, por outro lado, assume uma função necessàriamente diferente, na substância, da que exercia primitivamente, pois tende, em definitivo, a assegurar a continuidade das relações jurídicas patrimoniais relativas ao *de cuius*, no caso em que êste não tenha devidamente designado o sucessor.

A preeminência jurídica da sucessão testamentária se imporá entretanto por muito tempo, influindo notàvelmente sôbre certas orientações da jurisprudência clássica, que, embora nem sempre, procura contudo favorecer a validade dos testamentos através de expedientes fragílimos, para não admitir a sucessão *ab intestato*.

§ 128 — A regra *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

A absoluta prevalência do testamento sôbre qualquer outra forma de vocação hereditária se manifesta particularmente na conhecida regra *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest* [1], da qual em definitivo se resumem as relações entre as duas espécies de sucessão hereditária. Com base nêsse princípio, os herdeiros instituídos sòmente em uma quota parte do *ius defuncti* sucedem também na porção que não lhes foi atribuída, não podendo, por aí, simultâneamente abrir-se a sucessão *ab intestato*.

1. D. 50, 17, 7 Pomp. Inst. 2, 14, 5.

Na verdade, os romanos parece considerarem esta singular norma como inata no seu sistema hereditário, do momento que todo o direito clássico declara que entre as duas espécies de sucessão *naturaliter inter se pugna est*[1]. Isto não obstante, considerada no seu aspecto prático, ela aparece profundamente iníqua, por consentir que o herdeiro *pro parte* obtenha, quando o resíduo da herança não tenha sido atribuído a ninguém, também o em que não foi aquinhoado.

Como observámos, porém, tudo isto se explica como relíquia histótórica; é no sentido que, dado o caráter da antiga *hereditas*, não é possível admitir duas formas simultâneas de sucessão, num poder soberano. Demais disso, embora a regra sobreviva ainda no direito justinianeu (que com o instituto do codicilo tornará possíveis as atribuições duma única parte do patrimônio), não permanece todavia isenta de notáveis exceções.

Com efeito, o direito imperial a exclui na sucessão dos militares, onde vigora o princípio contrário: *Miles pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*[2]; mas num outro setor, surgindo e desenvolvendo-se o instituto da sucessão legítima, em contraste com o testamento, chega-se em substância a admitir que o *heres* possa, em determinados casos, juntar-se ao herdeiro testamentário.

§ 129 — A sucessão legitima real.

Desaparecendo o caráter originário da organização familiar e prevalecendo gradualmente os vínculos de parentesco cognatício sôbre os meramente agnatícios, manifesta-se sempre mais viva, com o correr dos tempos, uma vigorosa reação contra o direito absoluto de testar do *paterfamilias*, para evitar que êle não traia os naturais direitos de seus parentes, instituindo herdeiros a estranhos. A influência do pretor se exerce também muito ativa nesta direção, como observaremos a respeito da *bonorum possessio*. Entretanto, também fora da jurisdição honorária, vai lentamente introduzindo-se no regime sucessório o instituto da *portio legitima* (ou sucessão legítima real), que impõe eficazes limitações aos graves abusos, resultantes da plena liberdade de testar, reconhecida pelo antigo direito.

Êste importante instituto remonta à época relativamente recente, formando-se no comêço do Império, através de fases que constituem um interessante exemplo do modo como se completa a evolução do direito hereditário romano. A idéia originária da *portio legitima* surge da própria consciência popular, e, desenvolvendo-se sucessivamente na jurisprudência clássica, encontra realização nos juízos dos *centumviri*, primeiro, e na *cognitio extra ordinem* mais tarde. Torna-se enfim pròpriamente um instituto jurídico, depois da fusão dos sistemas processuais, que já invalidaram os testamentos evidentemente iníquos em relação aos parentes próximos do testador.

---

1. D. 50, 17, 7 Pomp.
2. C. 6, 59, 8 Diocletianus

Em conseqüência da sucessão legítima real, o testador tem o dever de deixar uma quota-parte dos bens aos parentes mais próximos os quais, no período pós-clássico, serão definitivamente indicados: descendentes, ascendentes, irmãos e irmãs (também consanguíneos, quando lhes tenha sido preferida uma pessoa *turpis*). Originàriamente, a sucessão legítima real não implica a qualidade hereditária, dado que se pode fazer também por legado ou doação *mortis causa*. Justiniano porém determinou que os ascendentes e os descendentes devem necessàriamente ser instituídos herdeiros, limitando outrossim a deserdação a determinados casos e dispondo sejam imputadas na quota legítima também as antecipações feitas eventualmente, durante a vida, pelo testador.

Êste instituto assume por isso grande importância na formação do direito hereditário, por constituir o ponto de partida de notáveis inovações que se desenvolverão depois no mundo ocidental. Constitui além disso uma grave exceção ao dogma da absoluta preeminência jurídica do testamento; e ainda uma derrogação à regra que proíbe a simultaneidade da sucessão *ab intestato* e da testamentária.

Devemos todavia observar que, não obstante estas notáveis inovações, o conceito de herança permanece sempre o originário, e não sòmente no ponto de vista formal. Com efeito, embora em conseqüência do nôvo caráter da organização social, a sucessão testamentária já de muito não prevaleça sôbre a intestada, nem por isso a *hereditas* consiste na assunção de um poder soberano, i. é, não impede ao herdeiro de suceder na situação jurídica do *de cuius*. O que se modifica, ao contrário, é o estado do *paterfamilias;* i. é, o herdeiro, sucedendo no *ius defuncti*, assume um conjunto de relações jurídicas nas quais predomina a função econômico-patrimonial, que se substitui, desde há muito tempo, à originária do antigo regime.

§ 130 — Delação, aquisição, efeitos da sucessão.

A morte de alguém abre-lhe a sucessão hereditária que pode ser recebida pelo titular do *ius delationis;* i. é, pelo chamado *in ius defuncti*, em virtude da designação do próprio *de cuius* ou da lei, e que tenha a capacidade para ser herdeiro. Como conseqüência dessa aquisição,implica a *aditio hereditatis* a aceitação da herança: *Delata hereditas intelligitur, quam quis possit adeundo consequi* [1], se não fôr o caso de êle herdeiro ser um *suus* (*heres suus et necessarius*) ou um escravo alforriado no testamento e instituído herdeiro (*heres necessarius*), porque então assume a qualidade hereditária sem qualquer ato de adição[2].

Os Sabinianos sustentavam qua a cessão do herdeiro necessário não produzia efeito, pois êle não podia despojar-se do título de *heres*, testamentário ou *ab intestato;* os Proculianos aproximavam o caso da cessão

1. D. 50, 16, 151 Ter. Clem.
2. Gai. 2, 151-160; 2, 161-173; D. 28, 2, 11 Paul.

posterior à aceitação, atribuindo valor decisivo ao fato da aquisição da herança [1].

Agora, ùnicamente pelo fato da aquisição do título de herdeiro, o sucessor chamado à herança assume um estado jurídico especial, que o põe *in locum defuncti*. Desta forma, segundo as diversas épocas históricas, pode dizer-se que o herdeiro sucede ao *de cuius* no supremo poder sôbre a família (e portanto em tôdas as relações a ela inerentes), enquanto o grupo familiar conserve o caráter de organismo político. Sucede ùnicamente nas relações (direitos e ônus) patrimoniais suscetíveis de transmissão, quando o elemento econômico-patrimonial se torna predominante e quasi exclusivo da *hereditas*. Em cada caso se dá a confusão dos direitos e relações dos quais o chamado é titular, com os direitos e relações nos quais sucede e que lhe aderem ao modo por que se constituíram na pessoa do seu testador. Também no caso de vários herdeiros aceitarem a herança cada um sucede em todo o *ius defuncti*, porque virtualmente cada um é chamado, na totalidade das relações jurídicas do *de cuius*, assumindo-as proporcionalmente ao quinhão no qual foi instituído, ou na mesma medida dos co-herdeiros quando chamado conjuntamente com êles sem distinção de quinhões.

Quanto ao patrimônio, portanto, a sucessão hereditária importa principalmente os seguintes efeitos: a extinção recíproca dos direitos e obrigações (como servidões etc.) do herdeiro sôbre o patrimônio do morto ou dêste sôbre o patrimônio daquele; a sucessão do herdeiro, conforme a boa ou má fé do *de cuius*, em tôdas as relações e ações e nos vícios da posse (violência, clandestinidade, furtividade, precariedade) e também nos vínculos que pesam sôbre as coisas hereditárias (penhôres, hipotecas etc.). Mas sobretudo implica responsabilidade do herdeiro nos débitos do *de cuius*, mesmo *ultra vires hereditarias*, tratando-se de uma *hereditas damnosa*.

Consideradas de per si, algumas destas conseqüências parecem estranhas (p. ex., a sucessão ligada à boa ou má fé do *de cuius*), e também iníquas por tornarem mais onerosa a situação do herdeiro. Nem se podem explicar, como se tentou, argumentando-se com o interêsse dos credores ou com o princípio de que o patrimônio do devedor constitui garantia das dívidas. Na verdade deve-se prescindir de consideração de natureza meramente patrimonial e ter presente, pelo contrário, que a *hereditas* não consiste essencialmente na aquisição de patrimônio hereditário, embora êste seja o seu principal efeito, mas antes na assunção dum especial estado pelo *heres*, que, sucedendo assim na mesma posição jurídica do morto, sucede em cada uma das relações transmissíveis, i. é, não só nos direitos, mas em relações obrigatórias passivas.

§ 131 — A bonorum possessio.

No fim da República e paulatinamente no decurso do direito clássico, surge e se desenvolve, pela jurisdição do pretor, o instituto da *bonorum*

1. Gai. 2, 34-37; 3, 85-87.

possessio, que, modelando-se pelas resoluções concernentes à herança civil, desempenhará uma função importante na ulterior evolução da própria herança.

Parece que as origens primeiras da *bonorum possessio* se radicam na necessidade processual de regular as partes de autor e réu, nas lides hereditárias. É certo todavia que, conforme os fins da *aequitas* e do *ius honorarium,* a *bonorum possessio* exerce no direito clássico funções auxiliares e corretoras do *ius civile*, suprindo as falhas mais graves. Consiste na imissão dos bens hereditários ordenada pelo pretor, em favor dos que tenham título civil à *hereditas*, ou, sem tal título, estejam porém ligados ao morto por vínculos de parentesco diverso da *agnatio* ou da *gentilitas*, e, todavia merecedores da tutela; ou ainda, em favor dos que o *de cuius* tenha querido manifestamente instituir herdeiros, mas por uma forma civilmente insuficiente.

Daí as três formas principais da *bonorum possessio:* (I) A *bonorum possessio ab intestato = si tabulae testamenti non extabunt* = que tende ao reconhecimento da família cognatícia, fundada em laços de parentesco e sangue. É concedida aos sucessores do ius civile (*sui heredes, patronus, patroni familiae, adgnati, gentiles: bonorum possessio unde legitimi*), quanto aos filhos (*liberi*) sem qualquer distinção entre *filii in potestate* e emancipados (*bonorum possessio unde liberi*); e também a todos os parentes pelo sangue até o sexto grau (*bonorum possessio unde cognati*) e ao cônjuge sobrevivente, mesmo se a mulher contraiu matrimônio sine manu (*bonorum possessio unde vir et uxor*) [1];

(II) A *bonorum possessio secundum tabulas = si tabulae testamenti extabunt* = que em consideração à vontade do testador é concedida ao herdeiro instituído por um testamento civilmente defeituoso (p. ex., pela omissão da *mancipatio familiae*), mas assinado por sete testemunhas presentes à redação (*tabulae septem signis signatae*) [2]. Na origem, sem tutelar herdeiros civis *ab intestato* ou instituídos com testamento civilmente inválido (*bonorum possessio sine re*); sucessivamente, graças a um rescrito de Antonino Pio, com eficácia real para os herdeiros legítimos, cujas pretensões podem repelir-se por meio da *exceptio doli* (*bonorum possessio sine re*)[3];

(III) A *bonorum possessio contra tabulas,* concedida contràriamente ao conteúdo dum testamento civilmente válido ou inválido; sobretudo no caso de *filii praeteriti* no testamento, i. é, não contemplados como herdeiros, ou deserdados; de modo que o herdeiro, não obstante os *sui praeteriti*, fica *heres sine re* [4].

1. Gai. 3, 34.
2. Gai. 2, 119 e 147.
3. Gai. 3, 35 e 2, 125-128.
4. Gai. 2, 135.

Em cada caso a *bonorum possessio* se obtém com um pedido a fazer-se em têrmos preestabelecidos; primeiramente, por meio do *interdictum quorum bonorum*, pelo qual é concedida a posse dos bens hereditários; e do *interdictum quod legatorum*, pelo qual se podem exigir coisas isoladas, de terceiros, que entendem conservá-las a título de legado. Depois, no II século d. C., por meio da *petitio hereditatis possessoria*. A posse assim alcançada é protegida pelo próprio pretor, que, com uma *fictio*, concede ao *bonorum possessor* as mesmas ações do herdeiro civil; mas, por análoga razão, o possuidor é responsável pelos débitos hereditários, a cujo pagamento os credores podem constangê-lo também mediante ações *ficticiae*[1].

§ 132 — **Relações entre bonorum possessio e hereditas.**

Na fase primitiva do seu desenvolvimento, a *bonorum possessio* se apresenta independentemente da herança, causa de contrastes os dois institutos, como podemos verificar no caso do *bonorum possessor secundum tabulas* que, até Antonino Pio, pode ser repelido pelo herdeiro legítimo, de modo que o seu direito tem, em última análise, caráter apenas temporário. Sucessivamente porém, permanecendo a distinção entre a sucessão civil e a pretoriana, o contraste entre os dois sistemas se atenua, até quasi desaparecer, quando o *bonorum possessor* é posposto ao direito do herdeiro, sòmente no caso em que êste lhe seria preferido ainda por direito pretoriano, i. é, se reclamasse também a *bonorum possessio*. Desta forma os dois institutos vão sempre se avizinhando com forte tendência a confundirem-se e integrarem-se. Todavia, o imitido na posse dos bens hereditários *iure honorario* não se torna nunca verdadeiro herdeiro, porque, diz Gaio, *praetor heredes facere non potest;* não contudo sem acrescentar que os favorecidos com a *bonorum possessio* pelo pretor *loco heredum constituuntur*[2]. A aproximação e, podemos dizer, a fusão destas duas sucessões é evidente no próprio Digesto, embora os compiladores justinianeus delas as tratem separadamente. Com efeito, nos casos em que a *bonorum possessio* se conserva, ela não apresenta diferenças formais com a herança, tendo já, desde o Baixo Império, desaparecido qualquer distinção entre propriedade quiritária e *in bonis habere*, como também entre ações civis diretas e fictícias. Também a *bonorum possessio* se adquire sem necessidade de nenhuma declaração explícita, entendendo-se, como a herança, aceita logo que decorreu *tempus ad deliberandum*, i. é, o prazo marcado pelos credores hereditários.

Justiniano todavia modificou a sua própria codificação com as famosas Novelas 118 e 119, mantendo em vigor as *bonorum possessiones testamentariae* e as *temporariae*, como também a *bonorum possessio* *unde vir et uxor*, criando, no concernente à herança legítima, novas categorias de sucessores.

1. Gai. 4, 34.
1. Gai. 3, 32.

Capítulo II

LEGADOS E FIDEICOMISSOS

§ 133 — O legado.

A função originária da *hereditas* e a primeira constituição da sociedade romana nos levam a pensar que, na sua forma mais antiga, o testamento constava da simples designação do *filius* ou do *adgnatus*, que, falecendo o chefe, devia suceder na soberania sôbre o grupo familiar. É certo, outrossim, que já em época remota nêle estão contidas disposições da *heredis institutio*.

A origem primeira de tais disposições parece todavia estranha ao testamento em si, quer pelo seu conteúdo, eminentemente patrimonial, quer pelo seu caráter de atribuições particulares, que em geral as distingue. Com efeito, independentemente do testamento, elas parecem remontar à norma de uso comum a tôdas as sociedades primitivas, segundo a qual é lícito, *mortis causa,* cada chefe dispor, como melhor lhe pareça, dos bens estranhos ao patrimônio familiar. É também natural porém que, com a primeira invasão do espírito patrimonial na sucessão hereditária se estabelecesse o costume de acrescentar disposições dessa natureza ao próprio ato designativo do herdeiro, pelo fato de também isto constituir uma declaração *mortis causa*.

Introduzida assim sob calor de recomendações ou simples encargos no testamento, tais disposições adquirem, com o correr dos tempos, notável importância, dado o seu uso muito largo na prática, por permitirem conseguir os fins patrimoniais, que nem sempre os alcança a sucessão hereditária. Desta forma, já na época da Lei das XII Tábuas, estas disposições recebem eficácia obrigatória, alçando-se a verdadeiro instituto jurídico.

Coerentemente com sua origem e função, êste novo instituto assume o nome de *legatum* (no sentido de encargo ligado ao herdeiro) [1].

---

1. Ulp. 24, 15: ***Ante heredis institutionem legari non potest, quoniam vis et potestas testamenti ab heredis institutione incipit.***

§ 134 — Caracteres e espécies de legado.

Na fase última da sua evolução, o *legatum* se apresenta como uma liberalidade particular, ordenada pelo *de cuius* no seu testamento [1].

Como tal, o legado é um instituto de direito civil antigo e se distingue històricamente em quatro tipos, enquadrados pela doutrina em duas categorias fundamentais: o *legatum per vindicationem* e o *per damnationem*, dos quais o *legatum per praeceptionem* e o *sinendi modo* são, respectivamente, duas formas secundárias.

(I) *Legatum per vindicationem*[2]. É o mais antigo tipo de legado cuja configuração resulta talvez da conhecida disposição da Lei das XII Tábuas: *uti legassit suae rei, ita ius esto.* Consiste na atribuição do domínio de uma coisa (a princípio *res mancipi* e depois também *nec mancipi*), ordenada pelo testador, em benefício de pessoa capaz de adquirí-lo, por meio de fórmulas preestabelecidas e solenes (*hanc rem do lego; hanc rem Titius sumito; sibi habeto, capito*). Em virtude de tal disposição, quando o objeto pertence ao testador, quer no momento da feitura do testamento quer no da abertura da sucessão, pela morte do testador o domínio da coisa se transfere imediatamente ao beneficiado (legatário), que o aceita. A êle portanto cabe a *reivindicatio* contra quem quer que seja.

Em particular, se análoga disposição fôr estabelecida em favor de um dos herdeiros instituídos no testamento, e em virtude de outras fórmulas preestabelecidas e solenes (*Titius hominem Stichum praecipito*), o legado é chamado *per praeceptionem* [3] e implica, naturalmente, recebimento do objeto, do conjunto hereditário, pelo co-herdeiro beneficiado. Parece que, na origem, êste tipo de legado tinha como objeto determinados conjuntos de coisas, adquiridas pelo beneficiado, que é um dos herdeiros, ou a êle destinadas a título de pecúlio ou dote; bens, em suma, que num certo sentido já pertencem ao legatário. Não obstante o *legatum per praeceptionem* estar conexo com o *per vindicationem*, apresenta fisionomia peculiar e a conserva até a difusão e o predomínio do *legatum per damnationem.*

(II) *Legatum per damnationem* [4]. O *legatum sinendi modo* [5] precede històricamente o *per damnationem,* do qual não é, em definitivo, senão uma categoria mais restrita. Consiste numa disposição em virtude da qual o testador constitui, a cargo do herdeiro e em benefício do legatário, uma obrigação cujo objeto são coisas de seu patrimônio, não suscetíveis de *legatum per vindicationem* (por lhe não pertence-

---

1. D. 30, 116 pr. Florent.: *Legatum est delibatio hereditatis, qua testator ex eo, quod universum heredis foret, alicui quid collatum velit;* D. 31, 36 Modest.: *Legatum est donatio testamento relicta;* Inst. 2- 20, 1
2. Gai. 2, 193-200.
3. Gai. 2, 216-223.
4. Gai. 2, 201-208.
5. Gai. 2, 209-215.

rem, no momento da feitura do testamento, ou por não lhes ser dono *ex iure Quiritium*); ou ainda coisas das quais pode dispor o próprio herdeiro. O *legatum per damnationem*, ao invés, consta também duma disposição pela qual se constitui uma análoga obrigação, mas tendo como objeto qualquer coisa, embora de terceiros. Também nêste caso se exigem solenidades, que, na sua fórmula, confirmam a passagem de um para outro tipo de legado (*heres meus damnas esto sinere L. Titius hominem Stichum sumere sibique habere; heres meus dare damnas; heres meus dato*). Em definitivo porém cada um dêstes dois tipos de legados são efetivamente débitos hereditários constituídos em virtude do testamento.

§ 135 — Desenvolvimento e fusão dos vários tipos de legados.

O direito antigo, na trilha do maravilhoso sentido das formas, distingue nìtidamente dois tipos diversos de legados com funções bem delineadas, em dependência de particulares exigências práticas. As variedades que cada um dêles apresenta não são senão o índice das diversas fases do seu desenvolvimento, que se processa através da eficaz obra de jurisprudência, fiel intérprete das necessidades e da praxe. O *legatum per praeceptionem* não é, de fato, senão um legado de propriedade (*per vindicationem*) que, derrogando os mais rigorosos princípios, se pode estabelecer em proveito de herdeiros. É a primeira espécie da singular forma chamada pelos modernos *prelegado*. O legado de obrigação (*per damnationem*) é a lógica e natural extensão do legado *sinendi modo*. Êste prevalece sôbre o outro tipo, pela sua adaptabilidade a qualquer objeto; mas até então estamos na época clássica e a distinção entre as duas categorias, embora com algumas atenuações, permanece viva e vital.

Porém o rigor das formas, que ainda dominam soberanas na constituição dêstes legados, opõe à indiscutível qualidade de clareza o não leve inconveniente da complicação e da não praticabilidade, dados, os freqüentes erros a que pode induzir ainda o mais cuidadoso dos testadores.

Por isso, desde a própria época clássica, e através do mais engenhoso processo de nivelamento, os vários tipos de legados tendem a fundir-se numa nova figura fàcilmente adaptável aos mais diversos fins da vida cotidiana; processo absolutamente conforme à lei segundo a qual várias figuras de direito, com a mesma função, tendem sempre a unificar-se.

Esta tendência não tarda pois a manifestar-se concretamente no campo da lei formal; e de fato, no começo do Império, o senatusconsulto Neroniano estabelece que todos os legados, civilmente ineficazes por algum vício de forma, devem considerar-se válidos como se fôssem feitos com a fórmula mais ampla (*optimum ius*, segundo o que escreve Gaio) [1]; i. é, como se se tratasse de *legatum per damnationem*. Desta forma,

1. Gai. 2. 197.

qualquer legado formalmente defeituoso pode fàcilmente exigir-se por meio ùnicamente duma *actio utilis ex testamento,* provàvelmente *ficticia.* A jurisprudência chega até a conceder uma *utilis vindicatio* ao legatário não ritualmente beneficiado na forma *per vindicationem,* quando no caso de morte do testador a reivindicação já não seja possível; e assim, o mesmo ato jurídico (legado) produz uma relação obrigacional e outra real.

Todavia, embora êste senatusconsulto tenha eliminado as mais rigorosas conseqüências da forma e das exigências exteriores, a diversidade entre as várias espécies de legados sobrevive ainda por algum tempo. No direito do Baixo Império vai-se ràpidamente atenuando e ainda mais se desenvolvendo a tendência a considerar supérflua tôda fórmula e tôda palavra especial, até que, em 399, o imperador Constâncio II aboliu definitivamente a observância dos modos prescritos[1]. Justiniano, enfim, codificando o resultado da dinâmica evolução do instituto, elimina inteiramente tôdas as demais diferenças entre as diversas formas de legados atribuindo a cada uma destas os mesmo efeitos; em particular, a ação obrigacional e, possìvelmente, também a real.

§ 136 — O prelegado.

Segundo os mais rigorosos princípios o herdeiro não pode ser chamado a receber senão todo o *ius defuncti* ou uma quota-parte dêle. Tal norma todavia às vêzes contradiz as exigências da prática, por impedir se possa instituir alguém herdeiro e simultâneamente atribuir-lhe determinados bens. Êste fato não escapou naturalmente à atenção dos jurisconsultos romanos e assim, com o correr dos tempos, se afirma o princípio (já delineado no *legatum per praeceptionem*), em virtude do qual os instituídos na herança podem, além disso, ser beneficiados com legados só quando se prescindir da sua qualidade de herdeiros. Arrimada nêste princípio a jurisprudência clássica constrói a particular figura do legado chamada pelos modernos *prelegado*

A sua singularidade consiste nisto: o prelegatário adquirindo, como herdeiro, a herança, o prelegado caduca na medida correspondente ao quinhão no qual foi instituído herdeiro; porque, repartindo-se o ônus dos legados proporcionalmente entre os herdeiros, o beneficiado não pode obrigar-se para consigo mesmo, *heredi a semetipso legari non potest* (quando o prelegado foi disposto na forma *per damnationem*), ou não pode adquirir, a título particular, o que já lhe pertence por título mais amplo, como sucessor, no *ius defuncti* (quando se trata de *legatum per vindicationem*). Na verdade, pràticamente êle obtém também a parte relativamente à qual o legado caduca; tal aquisição, porém, se dá *iure hereditario* e não *iure legati,* o que pode ter notável importância prática. Se o beneficiado, ao contrário, não quer ou não pode adir a herança, o legado lhe compete, naturalmente, como simples legatário, e

---

1. C. 6, 37,. 21

portanto na sua totalidade. Os efeitos mais notáveis e singulares da parcial caducidade do prelegado se fazem sentir no caso de um mesmo objeto ter sido atribuído conjuntamente sem distinção de partes, a várias pessoas; pois, em tal hipótese, quando todos os instituídos aceitam a herança, a parte do prelegado que lhes toca a cada um se invalida na proporção do quinhão, acrescendo-se proporcionalmente aos outros co-legatários. E é uma conseqüência última que, do legado, cada herdeiro obtenha uma parte, geralmente diversa da que teria de outra maneira alcançado, se tivesse concorrido como simples legatário, i. é, sem adir a herança, pois que nêste caso teria conseguido uma parte viril da mesma. Mas se o legado não fôr considerável, relativamente ao total, a invalidação da parte do prelegado e o conseqüente acréscimo não influem sensìvelmente sôbre a divisão dêsse total. Se, ao invés, o legado constitui a mór parte e há, além disso, uma certa diferença entre os quinhões atribuídos, quasi sempre é preferível não adir a herança e reclamar sòmente o legado; do contrário a situação se inverte, em proveito de outro co-legatário. A inversão é absoluta quando o legado foi constituído por todo o ativo patrimonial.

Conseqüência um tanto insólita, mas cuja importância não se deve exagerar. A anomalia não está tôda na caducidade, lógica e coerente, do legado, mas na ficta aplicação feita pelos romanos do direito de acrescer entre co-herdeiros-co-legatários. O direito de acrescer pressuporia, na verdade, a validade total do legado e deveria realizar-se sòmente no caso de morte dum co-legatário. Portanto, lògicamente, não deveria haver acréscimo, no caso de parcial invalidade do legado, porque em relação à parte caduca não há legado.

§ 137 — Limitações dos legados.

Como liberalidades que carregam o patrimônio do *de cuius*, e gravam a herança, era possível os legados superarem o ativo hereditário; e assim, sucedendo no *ius defuncti*, além de não recolher nenhum bem patrimonial, o próprio sucessor podia achar-se na condição de dever responder *ultra vires* pelos ônus impostos pelo testador, nada mais lhe ficando senão o mero título de herdeiro. Não havia nêsse caso outra alternativa senão abster-se da adição e, para os herdeiros *sui*, de tôda forma de ingerência na *hereditas* (*pro herede gestio*), ou suportar as incômodas conseqüências da adição.

Isto porém, colidia com o *favor testamentorum*, que sempre inspirou os princípios do direito hereditário romano; nem parecia conforme à evolução da *hereditas* desde a Lei das XII Tábuas, porque apresentando-se como fenômeno de natureza patrimonial, na verdade era estranho ser herdeiro não só sem haurir nenhum benefício, mas ainda tendo de suportar um dano grave e concreto. Não que se conceba a *damnosa hereditas* sempre como uma anomalia. A possibilidade de assumir hereditàriamente um passivo maior que o ativo era inerente à própria essência da sucessão e devia por isso parecer normal, no caso de os débitos

já gravarem a situação patrimonial do *de cuius;* não porém quando derivassem de liberalidades feitas por êle *mortis causa.* Uma herança assim onerada de legados devia por certo provocar a zombaria no caso de herdeiros estranhos; e até parecer fraude, no caso de *sui heredes* que, no ponto de vista social, podiam esperar recolher com o melhor proveito hereditário.

Foi exatamente a fim de evitar heranças pràticamente inaceitáveis, por excessivas alienações de bens por meio de legados que, ao lado dos obstáculos impostos às doações entre vivos, se desenvolvem os relativos à liberdade de exaurir o acêrvo hereditário em legados [1].

Assim, poucos anos depois da *lex Cincia de donis et muneribus,* talvez em 203 a. C., foi promulgada uma *lex Furia,* que limitava à soma de mil asses o valor de cada legado, não dispondo em proveito das *personae exceptae* da lei Cincia, e permitindo ao herdeiro exercer a *manus iniectio* sôbre o legatário titular de um legado excedente àquela soma e exigir, como pena um múltiplo da sua importância[2].

Mas, nem mesmo assim se conseguiu o fim, por ficar sempre possível exaurir a herança com maior número de legados, dentro dos limites impostos. Em 168 a. C. interveio a *lex Voconia,* pela qual ninguém podia receber, a título de legado, mais do que recebessem os herdeiros [3]. Mas também esta lei podendo ser frustrada, no ano de 30 ou 40 a. C. foi promulgada uma *lex Falcidia qua cautum est ne plus ei legare liceat quam dodrantem: itaque necesse est, ut heres quartam hereditatis habeat* (quarta falcídia) [4].

Com esta lei, que na época imperial sofreu modificações, se conclui a série dos principais expedientes destinados a evitar que, diante de heranças excessivamente onerosas, o herdeiro se ache na necessária alternativa de renunciar ou de assumir encargos desmarcados.

§ 138 — O fideicomisso.

O desenvolvimento dos vários tipos de legados, até a sua completa fusão realizada no direito conforme à direção imprimida pelo senatusconsulto Neroniano, não se pode adequadamente entender, se se ignorar a considerável influência exercida neste campo pelo fideicomisso, instituto que, mais que outros fatôres, esfacelou as rigorosas formas do antigo direito hereditário; influência vigorosa, análoga e paralela à que o *ius gentium* exerceu a respeito dos atos do *ius civile.*

---

1. Gai. 2, 224-225.
2. Gai. 4, 23.
3. Gai. 2, 226.
4. Gai. 2, 227. O conjunto das relações contidas na herança se chama as. O as é partido em 12 partes (unciae). Cada fração do as tem um nome: 2/12 *sextans;* 3/12 *quadrans;* 4/12 *triens;* 5/12 *quincunx;* 6/12 *semis;* 7/12 *septunx;* 8/12 *bes;* 9/12 *dodrans;* 10/12 *dextans;* 11/12 *deunx;* 12/12 *as;* 24/24 *dupondium;* 36/36 *tripondium* etc.

Os fideicomissos surgiram, de fato, fora do regime jurídico dos romanos, a fim de também os peregrinos, e todos que não tivessem a *testamenti factio* passiva, poderem beneficiar-se com liberalidades dispostas num ato de última vontade. Assim desde a sua origem, tiveram plena liberdade formal, por isentos das exigências de substância e forma requeridas para os legados e os testamentos em geral. O legado não podia impor-se senão a um herdeiro testamentário, ao passo que o *fideicomissum* podia ser cometido a quem quer que recebesse algo da herança do disponente; portanto, também ao legatário ou ao próprio fideicomissário, além do *heres*. O legado devia ser disposto de acôrdo com as formas devidas, por testamento ou codicilo testamentário confirmado, e sempre depois da *heredis institutio;* o fideicomisso podia, ao invés ser feito de qualquer modo apto a revelar a vontade do disponente e, portanto, verbalmente ou até com sinais [1]. Trata-se pois de um instituto de suma importância prática por conseguir, de maneira mais simples e fácil, os próprios fins do legado.

Mas precisamente, por serem liberalidades geralmente feitas em proveito de pessoas incapazes de receber heranças, e por ser confiadas à fé do gravado, os *fideicomissa* não eram, a princípio, tutelados jurìdicamente, assim como nos antigos tempos devia ter-se dado com os próprios legados, antes que a norma da Lei das XII Tábuas assumisse importância jurídica, através dos costumes. Dado porém que, com o correr dos tempos, os fideicomissos foram tomando vulto na vida cotidiana, pelos graves fins a que podiam acudir, a lei não tardou em garantir-lhes a execução.

Já no tempo de Augusto os cônsules conheciam *extra ordinem* também em matéria de fideicomissos, embora só nos casos de maior relevância. Contudo completando êste primeiro passo, logo se concedeu fôrça obrigatória ao instituto, e isso fêz com que se lhe difundisse o uso a ponto de, nos tempos de Cláudio, ser necessário confiar a *cognitio* das muitas questões surgidas a dois *praetores fideicomissarii;* depois de Tito foram reduzidos a um; e nas províncias tal *cognitio* era de competência dos respectivos *praesides*[2].

§ 139 — Fusão entre legados e fideicomissos.

Tornado pròpriamente um instituto jurídico através da praxe do processo *extra ordinem*, o fideicomisso foi-se avizinhando do legado, porque, sob certos aspectos, era mais prático pela liberdade de formas como por criar uma obrigação de boa fé, perante os onerados. O próprio Gaio, pondo em relêvo as recíprocas diferenças entre os dois institutos, se refere claramente a êste notável processo de aproximação, lem-

1. Gai. 2, 269-273; 2, 281.
2. Gai. 2, 276.

brando que, já no seu tempo, legado e fideicomisso eram equivalentes *in quibusdam* [1].

Tal assimilação era, demais disso, plenamente conforme às últimas fases de desenvolvimento do próprio legado, já, depois do senatusconsulto Neroniano, paulatinamente emancipado das mais rigorosas formalidades.

Por outro lado, as garantias requeridas para a tutela jurídica do fideicomisso tornaram também necessário limitar a liberalidade absoluta que, na forma e na substância, distinguiu o fideicomisso, desde o começo. Um *senatusconsultum Pegasianum* e sucessivas constituições imperiais estenderam a êles as exigências da *testamenti factio; a lex Julia et Papia Poppaea* e também a *lex Falcidia* intervieram, conforme a direção seguida pela jurisprudência. Nos tempos de Constantino e de Teodósio II, que erigiram o codicilo em ato solene, os fideicomissos deviam ser dispostos segundo uma forma estabelecida. A evolução foi consagrada em lei por Justiniano, que codificando, como segue, os resultados da evolução precedente, declarou *per omnia exaequata sunt legata fideicomissis*[2] ...*uti nulla sit inter se differentia* [3].

§ 140 — O fideicomisso universal.

Por meio do *legatum partitionis* (ou *partitio legata*) era permitido ao testador impor ao herdeiro, nos limites das leis Vocônia e Falcídia, repartisse, segundo quinhões preestabelecidos, a herança com outra pessoa (*partiarius*) que, não sucedendo, como legatário, nas relações passivas do *ius defuncti*, se responsabilizava porém por meio de *stipulationes partis et pro parte* na mesma proporção dos débitos hereditários [4]. Assim, em definitivo, podia ter-se um legatário *heredis loco*, o qual substancialmente assumia, nos limites do seu quinhão, tôdas as relações jurídicas do morto.

Com o fideicomisso universal, o testador costumava encarregar seu herdeiro (*fiduciarius*) de transmitir tôda ou parte da herança a um terceiro [5]. Por meio de tal instituto, se conseguia desde o início, o fim de fazer chegar todo o patrimônio ou uma quota-parte dêle a quem de outro modo não teria podido recebê-lo. O fiduciário era, portanto, herdeiro só de nome, pois na realidade era apenas um meio para operar a transferência do autor ao beneficiado, constituindo um expediente jurídico para dissimular o verdadeiro *heres*. Tal começou a aparecer o fideicomissário aos olhos dos jurisconsultos, que logo o consideraram *heredis loco*, embora, para o fazerem na origem assumir as vantagens e os encargos da herança precisasse executar uma espécie de venda mediante *stipulationes quasi emptae venditae hereditates*. A consideração eco-

1. Gai. 2, 249.
2. D. 30, 1.
3. Inst. 2, 20, 3.
4. Gai. 2, 252-254.
5. Uma variedade dêles eram os *fideicomissa post mortem*, Gai. 2, 277.

nômica do fenômeno sucessório deslocou o centro da gravidade do interêsse prático, jurídico e legislativo, do fiduciário para o fideicomissário. Cumpre porém observar que, transformando-se o regime jurídico clássico, para formas mais simples e adaptadas às mutáveis exigências sociais, também a incontestável oposição conceitual entre *fideicomissum hereditatis* e *hereditas* foi-se atenuando paulatinamente. Já nos tempos de Nero, um senatusconsulto Trebeliano, talvez do ano 56 d. C., concedia *utiliter* ao fideicomissário, a quem tivesse sido restituída a herança, as mesmas ações que cabiam ao fiduciário, permitindo assim que também os devedores hereditários pudessem valer-se das *exceptiones restitutae hereditatis* contra o próprio fideicomissário, considerando assim *utiliter* como herdeiro [1].

Sucessivamente, para evitar que o fiduciário, encarregado da restituição da herança, não aceitasse, por considerações de ordem econômica, interveio o *Senatusconsultum Pegasianum* estendendo aos fideicomissos a lei Falcídia, tendo então o herdeiro fiduciário direito de se reservar um quarto da herança [2]. Justiniano fundiu os dois senatusconsultos dispondo que o fideicomissário fôsse sempre herdeiro e o fiduciário conseguisse a sua quarta parte, salvo o caso de aceitação obrigatória.

---

1. Gai. 2, 253.
2. Gai. 2, 257-258.

HISTÓRIA DA JURISPRUDÊNCIA E DA LITERATURA JURÍDICA ROMANA

Capítulo I

A JURISPRUDÊNCIA DO PERÍODO REPUBLICANO

§ 141 — Resumo de Pompônio

A principal fonte para o conhecimento da história do direito e da jurisprudência romana é o jurista Sexto Pompônio, que viveu no II século d. C., no seu *liber singularis enchiridii,* (em latim *gladiolus,* em português "espadim"), referido por Justiniano em D. 1, 2, 2. É o único texto jurídico romano que nos dá notícias históricas de Roma, do desenvolvimento do seu direito e da sua jurisprudência.

O passo, que geralmente se pensa ter sido tirado de uma obra jurídica de Varrão, apresenta lacunas e erros gravíssimos. A sua leitura, todavia, é indispensável a quem queira ter uma idéia geral da história do direito romano.

O libelo é dividido em três partes. Na primeira (*de origine et processu iuris*) o autor trata das fontes do direito desde os tempos pré-históricos até a sua época. A segunda parte (*de magistratum nominum et origine*) expõe a organização política de Roma, referindo as magistraturas republicanas e sua evolução no tempo. A terceira parte (*de auctorum successione*) dá uma lista dos jurisconsultos, desde o início da República até Sálvio Juliano, frisando as características de cada um.

Interessa-nos mòrmente a última parte da obra, que trata da jurisprudência romana. Referimos o trecho segundo a edição do Digesto de Mommsen-Krueger na tradução que é substancialmente a de Spencer Vampré.

D. 1, 2, 2, 35 e segs.

POMPÔNIO, livro único do Enchiridion.

Muitos e notáveis varões professavam a ciência do direito.

Mencionaremos os de maior consideração entre os Romanos, para se conhecerem os que formaram e transmitiram a ciência. De todos os jurisconsultos, foi Tibério Coruncânio o primeiro a professar pùblicamente

o direito; os outros tratavam de estudar o direito civil sem publicidade e, antes respondiam a consulentes, do que ensinavam. 36. Foi PÚBLIO PAPIRIO o primeiro jurisconsulto a colecionar as leis régias. Teve como discípulo ÁPPIO CLÁUDIO, um dos decênviros, que principalmente dirigiu a feitura da Lei das XII Tábuas. Depois dêste, outro ÁPPIO CLÁUDIO da mesma família, distinguiu-se pela sua notável ciência; foi denominado Centemmano, construiu a Via Ápia, o aqueduto Cláudio, e opinou por que a cidade não recebesse Pirro. Escreveu sôbre as ações, e foi o primeiro a tratar das usurpações, em livro que se perdeu. Um Áppio Cláudio, considerado filho dêste foi o inventor da letra *r*, pois se dizia Valesii em vez de Valerii e Fusii em vez de Furii.

37. Vieram depois dêstes: SEMPRÔNIO, de grande ilustração, a quem o povo romano chamou de Sophus (o Sábio) e ninguém, nem antes nem depois, foi assim apelidado; GAIO SCIPIÃO NASICA, cognominado Óptimo pelo senado, recebeu do Estado uma casa na via Sacra, para ser mais fàcilmente consultado; e QUINTO MÚCIO, que, enviado como embaixador aos Cartagineses, como lhe oferecessem dois dados, um para ser declarada a guerra, outro para ser celebrada a paz, dando-lhe o direito de escolher, tomou-os os dois e declarou caber aos Cartagineses dizerem qual preferiam.

38. Vieram em seguida: TIBÉRIO CORUNCÂNIO, o primeiro que professou o direito, como ficou dito, do qual não resta livro algum, porém muitos e notáveis pareceres e memoriais; SEXTO ÉLIO e o irmão PÚBLIO ÉLIO; e PÚBLIO ATÍLIO, que professaram com grande ciência. Os dois Êlios foram cônsules, sendo Atílio o primeiro a receber do povo o nome de *Sapiens*. O poeta Ênio louvou Sexto Élio e um livro seu traz o nome de *tripertita*, que é por assim dizer, o berço do direito. É chamado *tripertita* por conter a Lei das XII Tábuas; em seguida a interpretação dos juristas e as ações da lei. Dizem alguns serem de sua autoria três outros livros, o que outros negam. Catão imitou êstes grandes homens e depois se distinguiu MARCO CATÃO, chefe da família Pórcia. Deixou livros e teve vários filhos, que escreveram obras.

39. Depois dêstes apareceram PÚBLIO MÚCIO, BRUTO e MANÍLIO, fundadores do direito civil. Públio Múcio deixou dez livros; Bruto, sete; Manílio, três, tendo chegado até nós os de Manílio — *Manilii monumenta*. Aquêles foram cônsules; Bruto, pretor e Públio Múcio, pontífice máximo. Foram seus discípulos: PÚBLIO RUTÍLIO RUFO, cônsul em Roma e procôncul na Ásia; PAULO VERGÍNIO e QUINTO TIBÉRIO, o estóico, discípulo de Pansa, que também foi cônsul. SEXTO POMPEO, tio paterno de Gneo Pompeo, foi da mesma época, bem como CÉLIO ANTÍPATER, o historiador mais dado porém à eloqüência que à ciência do direito; e LÚCIO CRASSO, irmão de Públio Múcio, chamado Muniano, a quem Cícero denomina o disertíssimo dos jurisconsultos.

41. Depois dêstes surgiu QUINTO MÚCIO, filho de Públio, pontífice máximo, o primeiro a expor sistemàticamente o direito civil, em dezoito livros.

42. Foram muitos os discípulos de Múcio, mas gozam da maior autoridade: AQUÍLIO GALLO, BALBO LUCÍLIO, SEXTO PAPÍRIO, GAIO JUVÊNCIO, dentre os quais refere Sérvio que Gallo tinha a maior influência na opinião pública. Todavia, Sérvio Sulpício os cita a todos, ainda que os seus escritos não agradem, nem sejam consultados por todos. Sérvio lhes versou as obras conservando assim a lembrança delas.

43. Conta-se que SÉRVIO SULPÍCIO, o primeiro dentre os oradores judiciários, ou por certo o segundo, depois de Cícero, foi consultar Quinto Múcio, a respeito de negócios de um amigo. Como a questão jurídica lhe fôsse respondida e pouco a entendesse, Sérvio, tornou a interrogar Quinto Múcio, respondendo-lhe êste de nôvo, sem que melhor a entendesse. Quinto Múcio o censurou por não parecer bem a um patrício, a um nobre, a um orador, ignorar o direito em vigor. Sérvio, insultado com a censura, deu-se ao estudo do direito civil e ouviu como discípulo a muitos dos que referimos, tendo aprendido com Balbo Lucílio, e principalmente com Gallo Aquílio, que morou em Cercina, havendo por isso muitos livros seus datados de Cercina. Pereceu em uma embaixada, e levantando-lhe o povo romano uma estátua na praça pública, que se vê ainda na praça de Augusto. Restam muitas obras suas, pois deixou cêrca de cento e oitenta.

4. Depois dêle vieram muitos, e quase todos escreveram livros: ALFENO VARO GAIO, AULO OFÍLIO, TITO CÁSIO, AUFÍDIO TUCCA, AUFÍDIO NAMUSA, FLÁVIO PRISCO, GAIO ATEIO, PACÚVIO, LABEÃO ANTÍSTIO, pai de Antístio Labeão, CINNA, PUBLÍCIO GÉLLIO. Oito dêstes dez escreveram livros, reunidos por Aufídio Namusa em cento e quarenta volumes. Dentre êsses discípulos gozaram da maior autoridade Alfeno Varo e Aulo Ofílio. Varo foi também cônsul, Ofílio continuou na ordem dos cavaleiros, era familiaríssimo de César e escreveu vários livros, tratando de tôdas as partes do direito civil, pois foi o primeiro a escrever sôbre a lei da vintena e a tratar profundamente da jurisdição dos pretores. Antes dêle, Sérvio escrevera dois livros muito breves com referência ao edito, dedicados a Bruto.

45. Nesse tempo viveu TREBÁCIO, discípulo de Cornélio Máximo, e AULO CASCÉLLIO, discípulo de Volúsio, que em honra dêste instituiu herdeiro seu neto Públio Múcio. Foi questor e não quis ter cargo mais alto, embora Augusto lhe oferecesse o consulado. Diz-se que Trebácio era mais hábil que Cascéllio, e Cascéllio mais eloqüente que Trebácio, mas Ofílio era mais douto que ambos. Não nos restam os escritos de Cascéllio, a não ser um livro denominado "boas máximas"; de Trebácio temos vários livros, mas são pouco usados.

46. Depois dêstes viveu TÚBERO, que auxiliou Ofílio. Era patrício e passou da advocacia para o estudo do direito civil, depois de ter sido vencido na acusação de Quinto Ligário perante Caio César. Foi êste Quinto Ligário que, estando na praia africana, não permitiu a Túbero, enfêrmo, aproar nem tomar água, tendo sido por isso acusado, com a assistência de Cícero. Há uma belíssima oração dêste, que tem o nome

Pro Quinto Ligario. Túbero foi considerado doutíssimo no direito público e privado e deixou vários livros em ambos êsses sectores. Pretendeu todavia escrever de forma antiquada, e por isso seus livros se consideram pouco agradáveis.

47. Depois dêste, quem teve maior autoridade foi ATÉIO CÁPITO, que seguiu Ofílio, e ANTÍSTIO LABEÃO, que ouviu a todos, mas foi discípulo de Trebácio. Atéio foi cônsul; Labeão não quis, ao lhe oferecer Augusto o consulado, para o qual seria eleito, aceitar essa honra, mas preferiu dedicar-se ao estudo. Tinha dividido o ano de modo que passava seis meses em Roma com os colegas, e seis se retirava, para escrever livros. Assim deixou quatrocentos volumes, a maior parte dos quais anda de mão em mão. Os dois primeiros formaram como que duas escolas opostas, porque Atéio Cápito mantinha a tradição que lhe transmitiram, ao passo que Labeão, confiado no seu talento e cultura, tendo estudado muitas obras de doutrina, começou a introduzir muitas inovações.

48. A Atéio Cápito sucedeu MASÚRIO SABINO; a Labeão, NERVA, que acentuaram as dissenções. Nerva foi também íntimo de César; Masúrio Sabino pertenceu à ordem eqüestre e foi o primeiro a responder públicamente. Tibério deu mais tarde êsse direito a outros jurisconsultos; mas já o dera anteriormente a Sabino.

49. Para que não o deixemos de referir, diremos que antes do tempo de Augusto o direito de responder não era concedido pelos príncipes, mas quem tinha confiança nos seus estudos respondia aos consulentes. As respostas não eram sigiladas, mas muitas vêzes enviadas escritas aos juízes ou declaradas pelos consulentes. O divo Augusto, para ter o direito maior prestígio, foi o primeiro a estabelecer que respondessem com sua autoridade, e desde êsse tempo se começou a aspirar a êsse poder como um privilégio. Assim, o grande imperador Adriano, como lhe pedissem ex-pretores lhes fôsse permitido dar respostas, disse-lhes que isso não se pedia, mas se concedia; e que teria gôsto em ver que quem tivesse confiança em si desse pareceres ao povo.

50. A Sabino foi concedido por Tibério Cesar o direito de responder ao povo; foi recebido na ordem eqüestre já em idade avançada, quase com cinqüenta anos. Não teve muitos bens de fortuna, e foi sustentado principalmente por seus discípulos.

51. A êste sucedeu GAIO CÁSSIO LONGINO, nascido de uma filha de Túbero, neta de Sérvio Sulpício; por isso chama-lhe bisavô a Sérvio Sulpício. Êste foi cônsul com Quartino, no tempo de Tibério, e teve grande autoridade, até que o príncipe o expulsou de Roma. Exilado em Sardenha foi reclamado por Vespasiano e morreu.

52. A Nerva sucedeu PRÓCULO. Foi contemporâneo de NERVA FILHO, bem como de um outro LONGINO, de ordem eqüestre, o qual depois chegou até a pretura; mas a autoridade de Próculo foi maior que a de ambos. Os jurisconsultos foram denominados — uns Cassianos, outros, Proculianos, tendo-se originado as duas escolas, de Labeão e de Cápito.

53. A Cássio sucedeu CÉLIO SABINO, que teve grande influência no tempo de Vespasiano; a Próculo sucedeu PÉGASO, sob Vespasiano prefeito da cidade; a Célio Sabino sucedeu PRISCO JAVOLENO; a Pégaso, CELSO; a Celso pai, CELSO FILHO e PRISCO NERÁCIO; tendo sido ambos cônsules duas vêzes. Celso também foi cônsul duas vêzes. A Javoleno Prisco sucedeu ABÚRNIO VALENTE, e TUSCIANO, e SÁLVIO JULIANO.

§ 142 — Os primeiros juristas leigos.

Independentemente do comentário das assim chamadas *leges regiae*, feito por *Glanius Flaccus*, com o título *De iure Papiriano*, e prescindindo da coleção das *legis actiones*, através de cuja publicação *Cneus Flavius*, liberto e escriba de *Appius Claudius Caecus*, quebrou o monopólio do direito dos pontífices, a mais antiga obra jurídica *De usurpationibus*, escrita pelo mesmo APPIUS CLAUDIUS, um dos legisladores das XII Tábuas, já não existia no II século d. C. Do título referido por Pompônio podemos concluir que tratava das prescrições aquisitivas e das suas interrupções.

A SEXTUS AELIUS PETO CATO, cônsul em 198 a. C. devemos o escrito intitulado *Tripertita*, por ser dividido em três partes, i. é, a Lei das XII Tábuas, a interpretação e as ações da lei. Discute-se sôbre a ordem das partes; segundo a opinião mais provável parece que não constituía três capítulos distintos, mas, em seguida a cada disposição da lei vinha a interpretação e a correspondente fórmula da ação. Pompônio nos diz que o *liber veluti cunabula iuris continet*; por certo o livro devia ser um precioso comentário ao *ius civile*, se resumia todo o trabalho de interpretação da lei decenviral, feito nos séculos anteriores. No tempo de Pompônio havia dúvidas sôbre a autenticidade de outros três livros atribuídos a Sexto Élio. A êle está ligado o *ius Aelianum*, que continha novos formulários de ações, além do *ius Flavianum*, do autor Flávio acima aludido. Sustentou-se que a coleção não era diversa da terceira parte dos *Tripertita* e que a denominação de *ius Aelianum* apareceu mais tarde. Escassas notícias não permitem acolher como certa esta hipótese. Dos jurisconsultos posteriores só Celso e Ulpiano citam Sexto Élio.

Na ordem cronológica se segue MARCUS PORCIUS CATO, censor em 184 a. C. e seu filho, homônimo, chamado também LICINIANUS, falecido em 152, três anos antes do pai. O censor, autor duma obra sôbre a agricultura, das mais antigas que possuímos, onde entre outras coisas, se refere às fórmulas dos atos jurídicos agrários, é citado só por exceção separadamente do filho. Êste, segundo Pompônio, escreveu muitas obras jurídicas e provàvelmente se lhe devem atribuir as respostas citadas por autores posteriores, em particular, os *Commentarii iuris civilis* e uma obra anônima de pelo menos quinze livros mencionados por Paulo.

Celso e Ulpiano também aduzem Catão. Seu nome se eternizou com a regra de direito; — *quod initio vitiosum est non potest tractu*

temporis convalescere, que nega ao decurso do tempo o efeito de revalidar um ato nulo desde o início [1].

Na metade do II século a. C. viveram Públio Cévola, Bruto e Manílio, jurisconsultos que, diz Pompônio, *fundaverunt ius civile,* ou por terem sido os primeiros a lançar as bases da sistematização científica do direito ou porque sua obra foi o fundamento do sistema de Quinto Múcio. Entre os três jurisconsultos, chamados por Cícero *principes civitatis,* houve uma controvérsia acêrca da natureza jurídica dos partos da escrava; Bruto negava se pudesse considerar como fruto o homem, levando em conta a personalidade moral do escravo e sua função econômica, que não era a de criar; Manílio e Públio Cévola defendiam a doutrina tradicional contrária.

A opinião de Bruto, inspirada nos ensinamentos do estoicismo, prevaleceu [2].

O mais antigo dêsses ictos é MANIUS MANILIUS, cônsul em 149, autor de sete livros sôbre o *ius civile,* chamados mais tarde *Monumenta Manilii,* em que entre outras coisas parece foram coligidas leis atribuídas a Numa Pompílio. É provável que êste escrito contivesse as *Manilianae vendendarum leges,* chamadas *Manilii actiones* por Varrão, que nos legou o texto juntamente com alguns formulários para estipulações de venda. Manílio é citado junto com Bruto por Paulo, referindo êste a opinião de Manilio, segundo a qual quem adquire, no decurso do tempo, a propriedade de um terreno, também adquire por usucapião o tesouro escondido, embora lhe ignore a existência [3].

MARCUS JUNIOS BRUTUS, que foi pretor, *vir optimus et iuris peritissimus,* segundo Cícero, escreveu três livros *de iure civili* que, segundo

---

1. Cf. D. 50, 17, 29 Paulus. A regra *catoniana,* na origem, estabelece que o legado nulo no momento da sua feitura, por qualquer causa que não um vício do ato, não se torna válido se, no momento da morte do testador, cessa a causa de invalidade. O princípio não vigora nos legados condicionais que, naturalmente, se perfazem quando a condição se verifica. O Digesto dedica um breve título à regra (D. 34, 7). Conforme sua natureza, foi interpretada restritivamente (cf. D. 34, 7, 1 pr.; D. 7, 3, 1, 1-4 — Gai. 2, 244 (a opinião de Sérvio acêrca dos legados não condicionais, não prevaleceu, cf. Ulp. Reg. 24, 23 e Inst. 2, 20, 32); mas, enfim, parece aplicável às instituições de herdeiro (D. 34, 7, 4; D. 50, 17, 210).

2. A controvérsia é referida por Cícero (de fin. I, 4, 12); as razões da opinião de Bruto se encontram em D. 7, 1, 68 Ulpianus; ...*neque enim in fructu hominis homo esse potest;* em D. 22, 1, 28, 1 Gaius (cf. Inst. 2, 1, 37); ...*absurdum enim videbatur hominem in fructu esse, cum omnes fructus rerum natura hominum gratia comparaverit;* em D. 5. 3, 27 pr. Ulpianus: ...*quia non temere ancillae eius causa comparantur, ut pariant.* O segundo texto parece uma paráfrase do primeiro, que por certo reproduz uma concepção ética do tempo. As razões indicadas não persuadem os intrépretes modernos, que consideram as duas primeiras não exatamente jurídicas e a última de alcance econômico. Pensamos que tôdas as tentativas — e são muitas — para explicar dogmàticamente a excepcionalidade do princípio em virtude do qual os partos da escrava não pertencem ao usufrutuário, mas ao proprietário, sejam inúteis, pois o conceito da escravidão, quer nos sistemas filosóficos, quer nos jurídicos constitui sempre um ponto fraco.

3. D. 41, 2, 3, 3 Paul.

o uso dos filósofos gregos, tinham forma de diálogo entre o autor e o filho. É provável que outras obras, inexatamente a êle atribuídas, fôssem conhecidas por Cícero, que lembra respostas suas. Bruto é citado junto com Manílio por Paulo, como já se disse, por Ulpiano que refere Celso, por Modestino, enfim, que recorda uma sua controvérsia com Cévola.

PUBLIUS MUCIUS SCAEVOLA, cônsul em 133, mais tarde pontífice máximo escreveu dez livrinhos. Conhecemos dêle algumas sentenças, uma das quais referida por Pompônio e lembrada por Modestino; uma outra, por Javoleno, relativa à revolta de Tibério Graco, cujos herdeiros foram obrigados a restituir à sua mulher, Licínia, os bens dotais perdidos na sedição provocada por culpa do marido[1].

PUBLIUS RUTILIUS RUFUS foi discípulo de Públio Cévola. Muito procurado pelos seus pareceres, distinguiu-se como homem de Estado, historiador e jurista. Foi injustamente exilado em 92 a. C. sob a acusação de ter praticado extorsões, quando legado na Ásia Menor. Entre seus escritos cita-se um intitulado *De modo aedificiorum*. É provável seja o mesmo autor aduzido por Sabino e por Ulpiano, como também seja o autor da *formula Rutiliana* com que o *bonorum emptor* exerce tôdas as ações que cabem ao réu contra seus devedores[2]. Gaio IV, 35 afirma ter sido êle o pretor que introduziu a *bonorum venditio,* i. é, a execução sôbre todo o patrimônio do devedor, em proveito de todos os credores, a pedido de um dêles. Ulpiano menciona-o como o jurisconsulto que eliminou o inconveniente das condições demasiadamente pesadas impostas às manumissões, dispondo que não se concederia ação aos patronos, para a execução das promessas, a não ser as de *operae* ou a com que o liberto tivesse combinado que, no caso de não cumprir o obséquio para com o patrão, admitiria êste como sócio de todos os bens. A Rutílio Rufo é também atribuída a *constitutio Rutiliana* acêrca da possibilidade de usucapir as *res mancipi* vendidas pela mulher, sem outorga do tutor (Vat. Fragm. 1).

§ 143 — Os juristas da idade ciceroniana.

Na literatura jurídica do último século da República ocupa lugar assaz eminente, QUINTO MÚCIO CÉVOLA, filho do supra-mencionado Públio Múcio, cônsul em 95, morto pelos correligionários de Mário, em 82. Quinto Múcio *ius civile primus constituit generatim in libros XVIII redigendo*. É a primeira obra sistemática em lugar da simples interpretação da lei e da desordenada exposição casuística. A matéria de cada instituto do *ius civile* era organizada em *gêneros,* depois divididos em *espécies,* segundo uma forma de elaboração científica sumamente apreciada pela literatura jurídica posterior. Pelas referências a esta

1. D. 24, 3, 66 pr. Javol.; cf. Juv. II, 24: *Quis tulerit Gracchos se seditione quaerentes?*

2. Gai. 4, 35.

obra sabe-se que o livro II tratava dos legados; o XIV da *societas;* o XVI, do furto. Da ordem, porém, das exposições gerais do *ius civile*, devidas aos juristas posteriores, que se apoiam em Quinto Múcio, se deduz com suficiente exatidão o sistema da obra.

Além de Pompônio, comentaram Quinto Múcio os juristas Lélio Felix, Gaio, e talvez também Modestino, em obras onde o material de Quinto Múcio só excepcionalmente aparece sob a forma de resumo, mas constituindo sempre a base do sistema seguido. O jurista, além disso, é citado por Javoleno, através de Labeão, Celso, Juliano, Venuléio, Papiniano, Paulo e Ulpiano, e também, porque na sua obra se aduzem as opiniões da jurisprudência antiga, até Sexto Élio. Seu nome vive ainda hoje na assim chamada *praesumptio Muciana,* segundo a qual, para a prova da doação entre cônjuges, se pressupõe tenha a mulher recebido do marido aquilo, cuja aquisição não consta por outra via (cf. Cod. civ. alem. 1362); e na *cautio Muciana,* pela qual a devolução do legado sob condição suspensiva por omissão (*si Capitolium non ascenderis*), por parte do legatário, não fica suspensa e a condição se considera verificada se o legatário presta a devida garantia (cfr. Cod. civ. it. art. 639).

Outro escrito de Quinto Múcio, revelador de uma direção comum à jurisprudência do tempo, sob o influxo da cultura grega, é o *liber singularis oron* (*definitionum*), de cuja compilação chegaram até nós alguns fragmentos. Por êstes nos é dado saber que a monografia continha não sòmente definições, mas também explicações de têrmos legais e determinações concisas de princípios jurídicos.

Segundo uma hipótese recentemente aventada, a obra derivaria, ao contrário, de um compilador pós-clássico, que teria reunido trechos do jurista republicano, tirados do comentário de Pompônio a Quinto Múcio. Na realidade, os fragmentos são pouquíssimos e por demais breves, não permitindo identificar nêles elementos pós-clássicos; além disso, a coincidência verificada entre um dêles e um do comentário de Pompônio, tirado presumìvelmente dos livros *iuris civilis* de Quinto Múcio, pode também efetivamente ter existido nas obras originais. De qualquer modo dados os inúmeros anos decorridos, deve-se acreditar que a obra tenha chegado até Justiniano através de várias edições. Certamente a ela se refere uma citação de Ulpiano a respeito da expressão *quod vi aut clam* do homônimo interdito possessório.

Numerosos foram os juristas educados na escola de Quinto Múcio, mas poucos interessam à história da literatura jurídica, porque no tempo de Pompônio já era difícil encontrar-lhes os escritos. De grande importância para a evolução do direito, todavia, foi CAIUS AQUILIUS GALLUS, pretor em 66 a. C., que teve grande autoridade entre o povo. Não aceitou o consulado, a fim de se retirar para Cercina, ilha da pequena Sirtex, onde escreveu obras jurídicas; Cícero conta que de tal modo andava preocupado com o estudo do direito, que a quem lhe pedira a assistência a uma questão de fato respondera: *nil hoc ad nos: ad Ciceronem.* São célebres as suas fórmulas a respeito da estipulação, dos póstumos e do dolo. As fórmulas de dolo determinaram grande progresso no direito, no sentido

de que, mediante a *exceptio doli* em todos os casos a decisão devia corresponder à eqüidade; Cícero chama-lhes *everriculum malitiarum omnium*, i. é, a vassoura que varre tôdas as malícias. A *stipulatio aquiliana* era uma fórmula de *stipulatio* com a qual se transformavam em *obligationis verbis* todos os tipos de obrigações, com a finalidade de as exigir mediante a *acceptilatio*, que por ser *verbis* podia solver *ùnicamente* obrigações dêsse tipo. Com os *postumi aquiliani* se remediou o inconveniente derivado da rigorosa aplicação do princípio: *agnatione postumi testamentum rumpitur;* admitiu-se a instituição de herdeiro daqueles que, tendo nascido de descendentes vivos, ao tempo da feitura do testamento, mas, pré-mortos ao testador, teriam ficado *in potestate* ou *in manu* dêste. Galo Aquílio é citado por Javoleno, através de Labeão, por Florentino, por Scévola, por Paulo através de Juliano, por Ulpiano através de Mela e por Licínio Rufino.

Mas o jurista que exerceu influência decisiva no desenvolvimento da jurisprudência romana e màximamente interessa à história da literatura jurídica, pela consideração em que foram tidas as suas doutrinas pelos juristas posteriores, é SÉRVIO SULPÍCIO RUFO, cônsul em 51, morto em 43, quando ia como embaixador do Senado ao encontro de Antônio, perto de Módena. O Senado ordenou que lhe fôssem feitos funerais solenes; se lhe dedicasse um monumento sepulcral na colina do Esquilino e se lhe erigisse uma estátua no Fôro. Cícero, que lhe foi íntimo, o celebra como homem muito culto, educado na filosofia e na retórica, e o considera como o maior jusrisconsulto do seu tempo, o único que teria sabido dar aspecto científico ao *ius civile: artem in hoc uno*. Pompônio § 43 narra que Sérvio, reprovado por Quinto Múcio porque não compreendera uma resposta pedida por um seu cliente, se dedicou absolutamente ao estudo do direito. Grande foi a sua atividade didática, prática e científica. Pompônio enumera dez discípulos seus, que nos legaram as suas respostas, e diz-nos que escreveu bem 180 livros. De quatro das suas obras conhecemos o título.

A *de sacris detestandis*, pelo menos em dois livros, tratava provàvelmente do direito sagrado. No último fragmento, que nos foi conservado, temos a definição do *testamento*, repetida depois pelos juristas posteriores: *testamentum ex eo appellatur, quod testatio mentis est*. A etimologia é certamente errada no ponto de vista filológico, mas, como tôdas as etimologias dos jurisconsultos romanos, é interessante para o historiador de direito, o qual pode argumentar com o conceito fundamental, que serve de base ao instituto, segundo as idéias do tempo, em que a mesma etimologia foi formulada.

O *liber de dotibus*, mencionado por Nerácio, considerava o regulamento do instituto dotal também no ponto de vista histórico; o que é prova da cultura e da erudição de Sérvio.

Os dois livros intitulados *ad Brutum*, talvez porque dedicados a êste, constituíram o primeiro comentário ao edito do pretor e estão a demonstrar a importância que já assumira na vida jurídica romana do tempo o *ius honorarium*. Ulpiano, no seu comentário ao edito, cita

várias opiniões de Sérvio, uma das quais com a indicação precisa do primeiro livro *ad Brutum*.

Não há elementos suficientes para se afirmar que a obra de Sérvio intitulada *Reprehensa Scaevola capita*, chamada por Paulo *Notata Mucii*, fôsse corpo de anotações críticas às doutrinas mucianas, ou pelo contrário embora referindo-se às doutrinas mucianas, constituísse um escrito autônomo. Alguns a consideram expressamente como uma nova edição da obra de Múcio com acréscimo das críticas de Sérvio. Dos seus fragmentos podemos concluir que Sérvio na sua redação teve presentes os livros *iuris civilis* de Quinto Múcio; mas isso não exclui tenham sido levadas em consideração doutrinas contidas também em outros escritos dêste jurista, tanto que Pompônio, no seu comentário *ad Quintum Mucium*, não faz largo uso da obra de Sérvio. A obra *Notata Mucii*, de qualquer maneira, critica e passa em revista as doutrinas de Quinto Múcio, segundo a orientação científica do momento histórico, que suscitava divergência de opiniões e controvérsias a respeito de pontos essenciais teóricos e práticos. Entre estas controvérsias, célebre é a referida por Gaio, III, 149, relativa à *societas*. Faz Riccobono a seguinte observação: "Sérvio foi o primeiro a sustentar, contra Quinto Múcio, a possibilidade de ter na *societas*, um dos sócios parte nos lucros e não nas perdas; ou de não ser a participação nos lucros proporcional às contribuições sociais; e isto nos casos em que um dos sócios concorresse para o negócio com seu trabalho, a sua técnica, considerada mais preciosa e importante que as contribuições em bens. A doutrina de Sérvio prevaleceu. Foi julgada por José Kohler a mais alta conquista da jurisprudência de todos os tempos, pela qual o engenho, a técnica, a capacidade individual, desde êsse momento, foram postas em um plano mais alto que os bens materiais; e associadas ao capital deram nôvo e grande impulso ao desenvolvimento industrial e comercial e assim à criação da riqueza. Talvez esta doutrina tenha sido determinada pela causa surgida entre Róscio e Fânio, da qual se tem notícia através da oração de Cícero: *Pro Roscio comoedo*. Fânio transferira, como parece, a Róscio metade do domínio do escravo Panurgo a fim de que o adestrasse na arte cênica. O escravo, dotado de especiais qualidades, foi digno discípulo do grande ator. Morto por um terceiro, a controvérsia entre os co-proprietários versava sôbre a divisão da indenização paga pelo assassino de Panurgo a Róscio. Cícero, defensor de Róscio, diz: "*facies nulla erat, ars pretiosa*", para signi ficar que Fânio dera à sociedade o escravo, que como corpo nada valia ou bem pouco, ao passo que nêle tão sòmente a arte, com a qual Róscio contribuía, era a preciosa. A oração ciceroniana está cheia de lacunas e muitos particulares, bem como o êxito da causa, nos são desconhecidos".

Nas duas cartas de pêsames, que Sérvio enviou a Cícero por ocasião da morte de Túlia, se encontra a celebrada *subtilitas* e *elegantia* do seu estilo. É muitas vêzes citado por seus sucessores: Nerácio, Celso e talvez também Pompônio e Gaio tenham podido conhecer diretamente as suas obras; mas, se deve ter em conta que os juristas do II e III séculos

d. C. hauriram suas opiniões em Alfeno, Ofídio, Labeão, Sabino, Cássio e màximamente Aufídio Namusa.

§ 144 — Discípulos de Sérvio Sulpício.

Os discípulos mais célebres de Sérvio foram Ofílio e Alfeno. AULO OFÍLIO, amigo de César, permaneceu na classe dos *equites*. Escreveu numerosas obras fundamentais sôbre o *ius civile*. Uma era intitulada *de legibus*, sôbre cujo conteúdo se fizeram muitas conjecturas; Ulpiano cita os *libri iuris partiti*, pelo menos cinco, nos quais provàvelmente se comentava o direito civil juntamente com o direito pretoriano. Talvez seja esta obra idêntica à outra dedicada *ad Atticum*, mencionada por Gaio. Enfim, pelo menos em dezesseis livros, um escrito intitulado *Actiones*, do tipo do de Manílio. As opiniões de Ofílio são referidas por Labeão, Célio, Sabino, Javoleno, Pompônio, Gaio, Venuléio, Paulo e Ulpiano.

P. ALFENO VARO, sapateiro ou barbeiro de origem, vindo de Cremona perto do rio Pó, atingiu em Roma às mais altas magistraturas pela sua fama de jurista. Foi cônsul em 39 a. C. e teve funerais por conta do Estado. Seguindo a orientação de seu mestre Sérvio Sulpício, escreveu uma obra intitulada *Digesta*, em quarenta livros, da qual utilizou dois resumos a compilação de Justiniano, um pelo menos de oito livros redigidos por Paulo, e outro em sete, cujo autor não nos é dado conhecer pelas inscrições. Não é possível reconstruir o sistema desta obra, cuja base é o *ius civile*, mesmo porque a ordem dos dois epítomes não se corresponde. Cada fragmento expõe casos concretos e respostas inspiradas na prática. Faltam provàvelmente acréscimos do compilador. Sustentou-se que os *Digesta* de Alfeno eram uma coleção de respostas de Sérvio, com observações dos seus alunos. Efetivamente, na maior parte dos casos não é possível distinguir a contribuição de Sérvio da de Alfeno; mas certamente êste lhe expõe suas opiniões. Não se deve considerar exato o pensar dos que separam a contribuição de um, da do outro jurista, fundando-se na circunstância de em alguns textos se encontrar a forma *respondit* e em outros, *respondi;* porque a variação deriva certamente de resoluções diversas de uma mesma sigla existente no texto pré-justinianeu.

De Alfeno se conhece o título de uma obra: *Coniectanea*, pelo menos em dois livros, que por alguns é considerada parte dos *Digesta*.

O jurista é citado por Javoleno através de Labeão, por Pompônio, Marcelo, Papiniano, Paulo e Ulpiano. Parece-nos que nada se pode dizer do seu estilo, pois os seus escritos só os conhecemos através de referências e reelaborações em compêndio.

Segundo o § 14, AUFÍDIO NAMUSA teria recolhido em cento e quarenta livros os escritos de oito discípulos de Sérvio. É verossímil por isso a obra se intitulasse *Digesta;* mas certamente não é idêntica à de Alfeno. Dos oito *auditores Servii*, os pósteros citam sòmente a Altéio e Cina,

cuja opinião todavia não difere da de Sérvio. Conheceram as obras de Aufídio Namusa, Javoleno, por meio de Labeão, e depois Paulo e Ulpiano.

Não foi discípulo de Sérvio C. TREBÁCIO TESTA, em 54 por Cícero recomendado a César como jurista. Augusto o teve em grande consideração. Dêle se contam vários escritos *de civile iure,* existentes no tempo de Pompônio, porém, já não em uso. Conhecemos-lhe as opiniões através de um discípulo, Labeão, e das referências de muitos outros juristas ao próprio Labeão. Escreveu também uma obra *de religionibus*, tida em boa conta por oradores e gramáticos posteriores.

Mais hábil que Trebácio, como orador, foi o contemporâneo AULO CASCÉLIO, que provàvelmente exercia o cargo de pretor quando introduziu o chamado *iudicium Cascellianum*. *Vir iuris civilis scientia clarus, urbanitatis mirae libertatisque,* dêle se mencionam diversas respostas brilhantes [1]. Escreveu um livro *bene dictorum.* Suas opiniões são aduzidas por Javoleno, por intermédio de Labeão, por Celso e Ulpiano.

Ao mesmo período pertence Q. HÉLIO TUBERÃO, aluno de Ofídio, em 46 acusador de Q. Ligário, defendido por Cícero. Compôs diversas obras científicas e foi o primeiro a se ocupar particularmente do direito público. Um escrito seu se intitulava *de officio iudicis;* outro era dedicado a certo C. Ópio. Mas o estilo afetado e arcaico dos seus escritos tornava-lhe pouco agradável a leitura. Foi utilizado por Labeão e por Capitão, aos quais se referem as ulteriores cotações dos juristas posteriores.

---

1. Uma resposta humorística de Aulo Cascélio é contada por Macróbio, Sat. II, 6, 1. Certo Vatínio, espécie de antigo homem-montanha, lutara muito mal no estádio, contràriamente à sua fama, talvez de propósito, depois de entendimentos com o adversário ou os *managers*. Os espectadores aborreceram-se e os mais enfurecidos cobriram-no não com uma chuva de bananas podres, que em Roma não havia, mas com pedras e caliças muito menos leves. Aulo Cascélio era no tempo edil e por ordem pública providenciou um decreto que permitia lançar na arena sòmente frutas. "E as pinhas são frutas?" lhe perguntou um torcedor folgazão; "Por certo" — apoiou o jurista que provàvelmente tinha assistido à luta fingida — "se você deseja lançá-las sôbre Vatínio!". Aliás, às vêzes, dos textos que a tradição nos confiou tiramos anotações curiosas, de colorido humorístico. Assim encontramos apostas à solução dum caso jurídico estas palavas· "O jurisconsulto respondeu com grande agudeza na questão, facílima, pois é duvidosa a sua solução" (D. 35, 1, 109). É evidente que se o problema era fácil, não era mister grande sagacidade para resolvê-lo; e se a solução era duvidosa, a resposta não podia ser a mais simples. A patente contradição pode eliminar-se supondo que um estudante tenha anotado o texto qualificando a questão de "facílima". Quem tem prática de livros de biblioteca bem sabe como muitas vêzes, não obstante a vigilância dos empregados, nas páginas dos volumes encontram-se escritas observações jocosas. — Um caso igual ao das cinco irmãs Dionne ou Diligenti, que tanta maravilha e curiosidade produziram nos nossos tempos, aconteceu também, na antiguidade, não só de Aristóteles, que o lembra, mas também durante o govêrno de Adriano, no segundo século depois de Cristo. Muitos jurisconsultos (D. 34- 5, 8 pr. Gai.; D. 5, 6, 3 Paul.) contam que certa Serápia de Alexandria, no Egito, deu à luz cinco crianças no mesmo parto; Lélio mesmo a viu com os filhos no palácio imperial, onde foi levada à presença do imperador. O fato do parto dá lugar a um problema jurídico. Com efeito, quando o pai, morrendo, deixa a mulher grávida, a lei reserva ao nascituro parte dos direitos hereditários: que parte da herança deve caber logo a outro filho dos mesmos pais, sem prejudicar os direitos dos nascituros? Dada a maior freqüência de partos singulares responderíamos, que lhe cabe a metade. Mas não é absolutamente excepcional que a mãe dê à luz duas crianças no mesmo parto.

Duvida-se se se deve colocar, entre os juristas do período republicano, uma série de escritores que se ocuparam de antigüidades, de religião, de história. As suas observações são jurídicas acidentalmente e raro os jurisconsultos posteriores os têm em conta. M. Túlio Cícero não se pode considerar jurisconsulto, embora suas orações constituam fonte preciosa para o conhecimento do direito de sua época.

Os juristas da República são citados pelos do Império chamados *veteres*. Como vimos, bem poucos são os fragmentos originais que nos foram conservados, todavia podemos afirmar que na sua língua puríssima, no seu estilo conciso e solene, condizente com a ciência, se manifesta o raciocínio, a exposição límpida, nas linhas de uma lógica rigorosa que responde à precisão e à evidência geométrica. É hoje matéria pacífica, qual a língua dos juristas romanos é uma língua especial, científica, mas viva todavia; estranha aos artifícios estilísticos dos escritores do tempo. Exclui palavras raras, arcaicas, embora em moda; evitam-se também locuções de uso corrente, que se não conciliam com a tendência romana para a concisão e a simplicidade. Os juristas do período republicano vasam aquela terminologia jurídica precisa, que confere ao pensamento exatidão matemática. Criam juntamente com a ciência a linguagem do direito; o conteúdo dos seus escritos corresponde perfeitamente à forma.

Neste caso seria preciso revogar a parte já dada ao outro filho para dar-lhe não metade, mas um terço. A lei, porém, quer prever todos os casos possíveis e por isso considerando que não são raros os partos trigêmeos, na expectativa do nascituro, atribui ao filho só a quarta parte. Em relação ao caso de Serápio Alexandrina os próprios jurisconsultos reconhecem que a realidade não pode ser encerrada em regras absolutas, e justificam a índole dos princípios jurídicos por meio da autoridade dos filósofos gregos: o legislador não cuida de fatos que acontecem uma ou duas vêzes, ensinou Teofrasto (cf. D. 1, 3, 6 Paul.). — Indubitàvelmente nada tinha de humorística a decisão dum outro jurisconsulto sôbre a pergunta duma vítima do amor. Particularmente ridícula, porém, como aliás todos os nossos escritos amorosos, é a carta, causa da lide, na qual foi pedido o parecer de Cervídio Scévola. Uma velha tinha escrito a um campônio seu conhecido estas palavras: "Meu tesouro, bem sei qual seja o teu amor por mim. Mostra-mo deixando todos os negócios que te aborrecem, vindo para aquí. Deixa tudo; eu tenho muitas rendas que são suficientes para viver tôda a vida. Nada te faltará". Saíu de longe o homem, quem sabe se atraído mais pelo final da carta do que por verdadeiro amor. Mas bem se sabe o que acontece depois de poucos meses nas relações dos que vivem juntos sem ter um ideal comum. E os negócios deixados? a colheita madura? Tudo perdido! E as promessas, as rendas da mulher? O jurista não sabe como decidir no momento e prefere adiar o seu parecer depois de conhecidas as causas e as pessoas implicadas na lide (D. 44, 7, 61, 1 Scaev.). A *honestas* produz efeitos jurídicos.

CAPÍTULO II

AS CONTROVÉRSIAS ENTRE SABINIANOS E PROCULIANOS

§ 145 — Os juristas das duas escolas.

No fragmento de Pompônio traduzido acima (D. 1, 2, 2), nos § §47-53, mencionam-se os juristas que pertenceram a duas escolas de direito, a dos Sabinianos *(ou Cassianos) e a dos Proculianos (ou Proculeianos). Assina*lamos a seqüência dêles:

Proculianos	*Sabinianos*
Antístio Labeão (sob Augusto)	Caio Ateio Capitão (consul em 5 d. C.)
Nerva pai (cônsul em 22 d. C.)	*Massúrio Sabino (sob Tibério)*
Próculo (logo depois)	Cássio (cônsul em 30 d. C.)
Pegaso (sob Vespasiano)	Célio Sabino (cônsul em 69 d. C.)
Celso pai (pai do seguinte)	Javoleno Prisco (legado consular em 90 d. C.)
Celso filho (cônsul em 129 d. C.)	Abúrnio Valente (ano 118 d. C.)
Nerácio Prisco (sob Trajano e Adriano)	Tusciano (coevo)
	Salvio Juliano (sob Adriano e Antonino Pio)

Muitas foram as tentativas para estabelecer as razões da diferença entre as duas escolas. Segundo alguns os Proculianos de tradições republicanas, ao passo que os Sabinianos aceitavam a nova ordem do Principado; outros preferem atribuir aos Proculianos uma orientação progressista e inovadora julgando os Sabinianos mais conservadores; pode ser que a divergência se ligasse a diferente método de interpretar o direito: por analogias os Sabinianos e por anomalias os Proculianos. Outras hipóteses foram levantadas, mas tôdas sem fundamento certo.

Por isso é preferível enumerar as controvérsias entre as duas escolas, aceitando as discrepâncias como fatos da história da jurisprudência ro-

mana. Assim seguimos a lista oferecida por Pedro Bonfante na sua *Storia del Diritto Romano* (4a. edição) Roma 1934, vol. II, pág. 242 e segs.

§ 146 — Pessoas e família.

1. Os Sabinianos fixam a puberdade do homem mediante a real *inspectio corporis,* ao passo que os Proculianos julgam que se inicie aos 14 anos. Justiniano aceitou a teoria dos Proculianos. Gai. 1, 196; Ulp. 11, 28; Inst. 1, 22 pr.; Cod. 5, 60, 3.

2. Os Sabinianos, para estabelecer a viabilidade do recem-nascido, julgam suficiente qualquer sinal de vida; os Proculianos exigem um vagido. Cod. 6, 29, 3.

3. Para a *noxae deditio* do *filius,* os Sabinianos julgavam suficiente uma só *mancipatio*; os Proculianos exigiam, como no caso de mancipação voluntária, as três mancipações. Gai. 4, 79.

§ 147 — Propriedade e Posse.

4. Os Sabinianos consideram *res mancipi* os animais de carga e lavoura, logo após o nascimento; os Proculianos julgavam que se tornavam *res mancipi* só depois de domados. Gai. 2, 15.

5. Quem abandona seus bens, segundo os Sabinianos, perde a propriedade dêles no momento da *derelictio;* para os Proculianos, a propriedade da *res derelicta* se perde depois da ocupação por outrem. Justiniano aceitou a doutrina sabiniana. D. 41, 7, 2; D. 47, 2, 43, 5.

6. Na especificação os Sabinianos atribuem a propriedade da coisa especificada ao proprietário da matéria prima; os Proculianos ao especificador. Justiniano aceitou uma opinião intermediária. Gai. 2, 79; D. 41, 1, 7, 7; Inst. 2, 1, 25; D. 41, 1, 24 e 25.

7. Segundo os Sabinianos o quadro pertence ao proprietário da tela; para os Proculianos ao artista. Justiniano acolheu a teoria dos Proculianos. D. 41, 1, 26, 2; D. 6, 1, 23, 3.

8. Para os Sabinianos, na acessão, a coisa principal é a *maior species,* a *maior pars,* a *maior portio rei;* para os Proculianos, coisa principal é a que constitui a *qualitas* do inteiro. Justiniano acolhe uma teoria intermediária. D. 6, 1, 4 até 6; D. 34, 2, 19, 3; D. 34, 2, 29, 1; D. 41, 1, 26 pr.; D. 41, 1, 27, 2.

9. Para os Sabinianos a aquisição da posse exige, além do *animus possidendi,* o elemento material (*contrectatio, loco movere*) não admitindo o constituto possessório pelo menos em caso de furto e de mútuo; os Proculianos reconhecem que se pode adquirir a posse *solo animo:* no constituto possessório, *animo coepit possidere.* Justiniano adotou a teoria proculiana, com algumas limitações. D. 12, 1, 8, 9; D. 41, 2, 3, 3; D. 41, 2, 18; D. 10, 4, 15; D. 47. 2. 1 e 2; D. 41, 2, 3, 3.

10. Para os Proculianos a posse se conserva *solo animo*, não apenas no caso das pastagens hibernais, como estivais. Justiniano acolhe esta teoria, que não se encontra contestada nas Pandectas pelos Sabinianos. D. 43, 16, 1, 15; D. 41, 2, 3, 11.

§ 148 — **Obrigações.**

11. Para os Sabinianos a estipulação feita metade em favor próprio e metade em favor de terceiro aproveita por inteiro ao estipulante; para os Proculianos, aproveita-lhe só pela metade. Justiniano oscila entre as duas opiniões, inclinando-se para a proculiana. Gai. 3, 103; Inst. 3, 19, 4; D. 18, 1, 64; D. 45, 1, 56; D. 45, 1, 110.

12. Segundo os Sabinianos o *iussus* dado por um só dos consortes implica em o escravo comum adquirir só para o mesmo; para os Proculianos o escravo em condomínio que recebeu o *iussus* de um só dos senhores adquire para os dois *pro partione dominii*. Justiniano acolheu a teoria sabiniana. Gai. 3, 167-168; D. 45, 3, 6; Inst. 3, 28, 3; Cod. 4, 27, 2 (3).

13. Segundo os Sabinianos a determinação do preço da compra e venda não se pode deixar ao arbítrio de terceiro; os Proculianos reconheciam a validade do contrato com tal cláusula. Justiniano adota a teoria proculiana. Gai, 3, 140.143; Inst. 3, 24, 3; Cod. 4, 38, 15.

14. Segundo os Sabinianos o preço da compra e venda pode consistir mesmo num objeto de forma que a troca é absorvida pela compra e venda; para os Proculianos o preço deve ser em dinheiro. Justiniano acolheu a doutrina proculiana. Gai. 3, 141; Inst. 3, 23, 2; D. 18, 1, 1, 1; D. 19, 4, 1.

15. Os Sabinianos, se o mandatário exceder os seus poderes, lhe recusam a *actio mandati contraria*; os Proculianos lhe reconhecem a ação dentro dos limites da quantia que podia gastar. Justiniano acolheu a teoria proculiana. Gai. 3, 161; Inst. 3. 26, 6; D. 17, 1, 3 e 4.

16. Para os Sabinianos a *datio in solutum* extingue a obrigação *ipso iure;* para os Proculianos pela dação em pagamento a obrigação se extingue *ope exceptionis*. Justiniano aceitou a teoria dos Sabinianos. Gai. 3, 168; Inst. 3, 29 pr.; D. 13, 5, 1, 5.

17. Para os Sabinianos, a co-responsabilidade do *sponsor* implica novação; para os Proculianos é o contrário. Gai, 3, 176-178.

18. Para os Sabinianos, na *actio noxalis*, cessando a confusão, não se restabelece a obrigação anterior; para os Proculianos é o contrário. Justiniano adoptou a doutrina dos Sabinianos. Gai. 4, 78; Inst. 4, 8, 6; D. 47, 2, 18; D. 9, 4, 37.

19. Para os Sabinianos, o réu, pagando depois da contestação da lide e antes da sentença, será absolvido; para os Proculianos isso se dá apenas quanto a algumas ações, especialmente as de boa fé. Justiniano aderiu à doutrina dos Sabinianos. Gai. 4, 114; Inst. 4, 12, 2; D. 5, 3, 40; D. 32, 1, 38, 7.

20. Para os Sabinianos a estipulação do escravo hereditário em prol do herdeiro futuro é válida; para os Proculianos é nula. Justiniano retificou a opinião sabiniana. D. 45, 3, 28, 4.

21. Segundo os Sabinianos, na estipulação de dar por ocasião de uma feira determinada, o pagamento se deve pedir no primeiro dia da feira; para os Proculianos o pagamento se pode pedir até o último dia da mesma. Justiniano aceitou a teoria proculiana. J. 3, 15, 2. D. 45, 1, 138 pr.

22. Para os Sabinianos a venda de coisas fungíveis se aperfeiçoa pelo cômputo da quantidade. Não conhecemos a opinião dos Proculianos. Justiniano aderiu à dos Sabinianos. D. 18, 1, 35, 5 e 6.

23. Para os Sabinianos há venda se o trabalhador ou o empreiteiro empregam materiais seus; para os Proculianos, no caso há *locatio conductio operis faciendi*. Justuniano pendeu para a teoria sabiniana. Gai, 3, 147; Inst. 3, 24, 4; D. 14, 1, 20; D. 14. 1, 65.

24. Para os Sabinianos a *cautio damni infecti* tem valor subsidiário, i. é, intervém só na falta de outro meio. Não conhecemos a opinião dos Proculianos. D., 39, 2, 32.

§ 149 — Doações e sucessões.

25. Para os Sabinianos a *exceptio legis Cinciae* era pessoal; para os Proculianos podia opor-se a terceiro como *exceptio popularis*. *Vat. Fragm.* 266; D. 12, 6, 26, 3.

26. Para os Sabinianos a doação feita à mulher sob pátrio poder do doador é válida; não conhecemos a opinião dos Proculianos. D. 24, 1, 11, 3.

27. Segundo os Sabinianos a *in iure cessio* da herança por parte do herdeiro necessário é nula; para os Proculianos, tem valor se fôr feita depois da adição. Gai. 2, 34-37; 3, 86-87.

28. Os Sabinianos declaram de modo absoluto, nulo o testamento se fôr preterido um filho sob pátrio poder; para os Proculianos o testamento é válido, se o filho morrer antes do pai que testou. Justiniano adotou a teoria sabiniana. Gai. 2, 123; Inst. 2. 13, 1; Cod. 6, 29, 3.

29. Para os Sabinianos, o legatário adquire o *legatum per vindicationem,* mesmo ignorando-o; para os Proculianos é necessária a aceitação. Justiniano acolheu a teoria sabiniana. Gai. 2, 195; Paul. 3, 6, 7; D. 30, 44, 1.

30. Para os Sabinianos o legado, *pendente condicione,* pertencia ao herdeiro; para os Proculianos era *res nullius*. Justiniano aceitou a opinião dos Sabinianos. Gai. 2, 200; D. 10, 2, 12, 2.

31. Para os Sabinianos o legado *per praeceptionem* é admissível apenas em favor do herdeiro, que o obtém só na partilha; para os Proculianos tal legado é possível também em favor de estranho e igualado ao legado *per vindicationem*. Gai. 2, 216-223.

32. Para os Sabinianos o legado subordinado a uma condição impossível, se considera válido, i. é, a condição *vitiatur sed non vitiat*, considerando-se como não acrescentada; para os Proculianos, tal legado é nulo, como qualquer outro ato jurídico (estipulação). Gai. 2, 98; Paul. 3, 4 b, 1; Inst. 2, 14, 10.

33. Para os Sabinianos o legado deixado a pessoa sob poder do herdeiro é válido, se feito sob condição; para os Proculianos é nulo em todos os casos. Justiniano adotou a teoria sabiniana. Gai. 2, 244; Ulp. 24, 23; Inst. 2, 20, 32.

34. Para os Sabinianos legando-se um quinhão de bens, deve-se-lhes o valor; para os Proculianos devem-se as partes das coisas na espécie. Justiniano acolheu uma teoria baseada na vontade do testador e na divisibilidade ou indivisibilidade das coisas. D. 30, 26, 2.

35. Para os Sabinianos o substituto está obrigado a executar os legados deixados por codicilo depois da morte do herdeiro instituído; para os Proculianos não é obrigado. Justiniano aderiu à doutrina dos Proculianos. D. 29, 7, 14.

36. Para os Sabinianos também a nomeação do tutor deve ser feita depois da do herdeiro; para os Proculianos pode ser feita mesmo antes. Justiniano ratificou a opinião dos Proculianos. Gai. 2, 231; Inst. 2, 24, 34· C. 6, 23, 24.

Capítulo III

AS OBRAS DA JURISPRUDÊNCIA DO IMPÉRIO

§ 150 — Generalidades.

Ao passo que as publicações dos juristas *veteres*, com exceção das obras de Quinto Múcio e Sérvio Sulpício, se revestiram de caráter exclusivamente prático, consistindo em coleções de formulários e respostas, a partir dos primeiros anos do Império o desenvolvimento científico do direito toma grande impulso e a produção jurídica segue as vicissitudes da história, a expansão do poder romano e o desenvolvimento da cultura e do comércio.

A respeito da forma exterior do livro entre os romanos possuímos alguns dados. Cada obra, logo que excedia determinado volume, era dividida em livros. As de um único livro tomavam o nome de livros singulares (*monobíblia*); se se estendiam por vários livros, o todo se chamava *corpus*. A divisão em livros não é feita com relação ao conteúdo dos escritos, mas ao material empregado na publicação, que até o III século d. C. são os rôlos de papiro. Êstes eram preparados de maneira a facilitar o uso do *volumen* (de *volvere*). Cada rôlo continha um *liber*, que se tornou sinônimo de *volumen*, avaliado na média em quarenta páginas, das edições modernas em oitavo. O rôlo era dividido em colunas, com margens em cima e em baixo, capazes de receber anotações ao texto; cada coluna continha em média quarenta e três linhas de trinta e cinco letras, e cada livro tinha de mil e quinhentas a duas mil e quinhentas linhas ou cêrca de trinta e cinco a cinqüenta e cinco colunas. O volume trazia exteriormente amarrada em uma tira de pergaminho a indicação do conteúdo: *index, titulos, inscriptio*.

A escrita em papiro durava pouco por causa da fragilidade da matéria. Plínio lhe calcula em cem anos a duração ordinária. Por isso a partir do IV século preferiu-se o pergaminho, no período clássico empregado para os usos ordinários, porque, delindo-se-lhe a escrita, podia ser usado de nôvo. Uma obra de Nerácio traz o título *libri VII membranarum*, por ser excepcionalmente escrita em pergaminho. Dada a função do pergaminho para rascunhos, é provável que o título indique a modesta pretensão ao autor.

Para determinar a data da redação dos escritos de cada jurisconsulto romano, há pontos de referência bastante seguros. Além das notícias sôbre a vida de cada jurisconsulto, fornecidas por várias fontes (epigráficas, literárias, jurídicas etc.), a data de redação de uma obra se pode estabelecer até mesmo baseando-se nas citações de medidas legislativas e de escritos de outros juristas referidos na obra, bem como baseando-se nas citações que da obra fazem outros juristas.

No referente às citadas disposições legislativas, é evidente que, se o autor do escrito mostra desconhecer uma disposição com referência à qual a opinião exposta ou a decisão emitida teria sido de conteúdo diverso, a obra deve considerar-se redigida antes da publicação da lei. Assim, p. ex., em um fragmento dos *libri XII institutionum* de Florentino se trata da condição do *captivus redemptus,* i. é, do prisioneiro resgatado, que conquista a liberdade logo após o resgate; diferentemente, em passos de Trifonino, Paulo e Ulpiano onde se afirma que o *captivus* readquire a liberdade sòmente depois de pago o preço do resgate se aduz uma Constituição Imperial a respeito da matéria. Com tal base E. Levy demonstrou recentemente terem as instituições de Florentino sido escritas antes da referida constituição, e portanto antes das obras de Trifonino, Paulo e Ulpiano. Mas para se determinar a data dos escritos se recorre ao processo inverso: se o autor faz menção de uma disposição legislativa, evidentemente a obra é posterior a ela. P. ex., nos *XI libri digestorum* de Cervídio Cévola se decide um caso de conformidade com o senatusconsulto Orfitiano, que é de 178 d. C., portanto, devemos concluir que a obra foi escrita depois desta data. Mas em particular, no estilo legal, quando um imperador é citado com a denominação de *divus,* se deve entender que o escrito é-lhe posterior à morte. Com efeito, êsse era o título atribuído pelo Senado ao imperador morto, se não havia a *damnatio memoriae.*

No que diz respeito às citações de escritos de outros juristas, os critérios são análogos. Fábio Mela é citado ao lado de Labeão, conhece Sérvio Sulpício e é criticado por Próculo; donde se deduz ter sido quase contemporâneo de Labeão.

Entenda-se que todos êstes indícios devem ser pesados com muita circunspecção. O apelativo de *divus* dado ao Imperador, pode ter sido omitido pelo amanuense; e por vêzes, os juristas repetem o que ouviram dizer, dado que no princípio não existiam coleções de constituições imperiais. Igualmente, ao lado das citações de duvidosa autenticidade, por vêzes a aprovação de uma doutrina por parte de um outro jurista, referido no mesmo texto, não significa seja o jurista que aprova posterior ao aprovado.

Sustentou-se que o epíteto *noster,* aplicado por um jurista a outro, denuncia a relação de discípulo a mestre. Na realidade isto não é verdade em todos os casos: muitas vêzes o adjetivo deriva dos compiladores justinianeus. Por outro lado, se o imperador é lembrado com frases de reverência ou submissão, *imperator noster, optimus princeps,* mais

raramente *Augustus*, é provável vivesse no momento da redação do escrito.

A seguir examinaremos as várias obras da jurisprudência clássica.

§ 151 — Libri Institutionum.

Pompônio, § § 43 e 47, para caracterizar o ensino emprega os dois verbos: *instituere* e *instruere*. O primeiro conservou o sentido técnico em tôda a tradição escolástica, afim de indicar a iniciação na ciência mediante um estudo teórico e conciso. Os *libri institutionum* tratam de preferência ou exclusivamente, do direito privado, do qual oferecem uma breve e suscinta exposição sistemática adaptada às escolas. Cada instituto jurídico é considerado, quer relativamente ao sistema do *ius civile*, quer ao do *ius honorarium*.

Escreveram *libri institutionum* Gaio, Florentino, Calístrato, Paulo, Ulpiano e Marciano.

GAIO — Até 1816 dos *Gaii institutionum commentarii quattuor* se conhecia apenas um Epítome em dois livros, transcrito na *Lex Romana Visigothorum*, poucas citações da *Collatio legum mosaicarum et romanorum*, por Prisciano e Boécio, e um trecho do livro IV, do § 135 ao § 144, encontrado em 1713 e publicado vários vêzes por Cipião Maffei na História Theológica (1742) e depois por Haubold. Mas tôda a obra foi descoberta em 1816 na biblioteca capitular da Catedral de Verôna por Niebuhr.

Viajando o ilustre historiador com destino a Roma, como embaixador do Govêrno da Prússia, e tendo parado em Verôna, foi-lhe apresentado na biblioteca capitular o mesmo manuscrito do qual, em tempo remoto e antes de o *codex* ter sido escrito uma segunda vez, fôra arrancada a fôlha n.º 118, publicada depois por Maffei.

O código composto de cento e vinte e nove fôlhas, além de três que faltavam, continha uma cópia dos escritos *Epistulae et polemica* de S. Jerônimo. Mas Niebuhr percebeu se tratava de um palimpsesto, e ainda mais, por um espaço de sessenta páginas, um duplo palimpsesto.

Na escritura antiga restava a obra de um jurisconsulto. A Academia de Berlim enviou a Verôna primeiramente Goeschen e Bekker, aos quais se associou Bethman Hollweg, para decifrar o texto antigo, e assim apareceu em 1820 a primeira edição de Gaio devida aos cuidados de Goeschen. Em 1821 e 1822 Bluhme reexaminou o manuscrito, tendo-o deixado em mau estado por causa do emprêgo de fortes reagentes químicos, obtendo poucos resultados novos. De então para cá, as edições de Gaio se sucederam em número considerável, especialmente na Alemanha, tôdas com o mesmo texto.

De 1866 a 1868, Studemund, filólogo, empreendeu nôvo exame do códice o qual, feito com grande perícia, deu resultados novos e inesperados e permitiu muitas correções das leituras primitivas. Assim, pôde em 1874 publicar um *fac-simile* com o título *Gai institutionum com-*

mentarii IV codicis Veronensis denuo collati apographum edidit G. Studemund. Em 1878 e 1883 Studemund ainda renovou com sucesso as suas investigações sôbre o manuscrito.

A tentativa feita recentemente por Capossi, na Biblioteca Vaticana, de ler com meios mais aperfeiçoados nas fôlhas destruídas, levou a resultados mínimos. Tôdas as edições modernas têm por base o *fac-simile* de Studemund.

O manuscrito veronense de Gaio (*Codex Veronensis rescriptus*) é do século V, escrito com letras unciais, com abreviações dos têrmos jurídicos, antes ignorados; é muito defeituoso na ortografia, que é variada. Tôdas as suas páginas têm geralmente vinte e quatro linhas, contendo cada uma trinta e nove letras. A escritura posterior é do séc. VI. No codice faltam três fôlhas, mas as lacunas, mesmo depois da leitura de Studemund, são várias, mais freqüentes e notáveis no livro IV.

O texto tem muitas vêzes glosas breves, de caráter elucidativo, que se reconhecem fàcilmente na estrutura do período, ou pelo confronto com o texto justinianeu tirado de Gaio.

O manuscrito veronense, o único livro até nós chegado de tôda a literatura clássica, é um verdadeiro tesouro para a nossa ciência. Ofereceu-nos um quadro resumido do direito civil e pretoriano do século II d. C.; uma exposição orgânica do processo civil do período formular, com breves alusões às *legis actiones,* o que operou um poderoso impulso durante o século XIX ao estudo do processo civil romano. A descoberta de Gaio trouxe, além disso, valioso subsídio para apreciar, mediante o confronto com os passos acolhidos no Digesto, o sistema dos compiladores justinianeus, nas várias interpolações feitas nos textos clássicos.

A ordem do estudo é tripartida: *personae, res, actiones.* Admite-se que êste sistema, no qual o direito privado e o processual, o *ius civile* e o *ius praetorium,* são expostos fundidos em um corpo único, não é original de Gaio, que escreveu sob os Antoninos, mas trasladado da escola sabiniana e, segundo alguns, criado por Gaio Cássio. Dernburg é de opinião que a obra chegada até nós era um caderno de escola compilado sôbre lições transcritas à medida que o mestre as proferia. Mas esta conjectura se apoia em elementos muito frágeis e é rebatida pela forma límpida da exposição; por isso é geralmente rejeitada.

No seu manual, depois de uma introdução sôbre as fontes do direito, Gaio alude à tripartição: *omne autem ius, quo utimur, vel ad personas pertinet vel ad res vel ad actiones.* No direito das pessoas se contrapõem os homens livres e os escravos, os nascidos livres e os manumitidos; depois cada uma das relações potestativas: poder sôbre os escravos, *patria potestas, manus* e *mancipium.* Encerra o primeiro livro o estudo da tutela e da curatela.

O *ius quod ad res pertinet* compreende o livro segundo e o terceiro e começa com a distinção das coisas; entre as *res incorporales* trata ocasionalmente do usufruto e das servições prediais; na contraposição

entre *res mancipi* e *res nec mancipi* se expõem os modos de transferência da propriedade, *traditio mancipatio, in iure cessio*, e a aplicação dêstes atos jurídicos às *res incorporales*. Segue a divisão da propriedade em *ex iure Quiritium* e *in bonis*, a que se prende o usucapião. Muda-se de argumento, com a observação de que a transferência dos direitos se verifica por direito natural ou por direito civil; ao direito natural pertence a *traditio*, que porém, não é a única causa de aquisição por direito natural — e por isso se trata logo das outras causas. A seguir se trata de quem pode vàlidamente alienar e de quem adquire para outrem. Com isto se completa o estudo da aquisição das coisas a título singular (legados parciais) e se passa ao da sucessão universal, por meio da *hereditas*, e se conclui o segundo livro com a matéria dos legados e dos fideicomissos.

O terceiro principia com as outras sucessões universais, das quais se passa às obrigações. Estas são divididas em contratos e delitos; os primeiros, em obrigações *re, verbis, litteris, consensu*.

No livro quarto, *ius quod ad actiones pertinet*, Gaio refere primeiro às distinções das ações, fazendo preceder ao estudo das *actiones fictiae* um *excursus* sôbre as *legis actiones*. Passa, a seguir, a cada uma das partes da fórmula, à *plus petitio* e à compensação. Das *actiones adiecticiae qualitatis* e das noxais se passa à representação no processo, à prescrição, às exceções e aos interditos.

A obra de Gaio teve especial êxito no período pós-clássico, tanto no Oriente como no Ocidente, e dominou em tôdas as escolas de direito até Justiniano. Êste imperador a tomou como modêlo para a formação do nôvo livro de Instituições e recorda muitas vêzes com carinho o mestre, usando a frase *Gaius noster*, e legando-lhe para sempre o nome à escola.

Da obra de Gaio se fêz no Oriente uma tradução em grego. No Ocidente dela se fêz um *Epítome* em dois livros, omitida a parte histórica e o livro quarto relativo ao processo, tendo sido reunidos em um só livro o segundo e o terceiro. A época em que o resumo foi feito é assaz duvidosa. A opinião hoje dominante a atribui aos fins do século IV ou a princípios do V. Mui provàvelmente a formação do Epítome remonta aos comissários da *Lex Romana Visigothorum*.

Em 1927, na coleção dos papiros de Oxirinco, sob o número 2103, foi publicado um trecho do IV livro de Gaio (57; 68-72b) absolutamente correspondente ao texto veronense, cujas lacunas completa.

Em 1933 foram adquiridos no Cairo pela senhorita Norsa Medea outras fôlhas de papiro, nas quais Arangio-Ruiz identificou passos dos livros III e IV de Gaio, também êstes correspondentes ao texto veronense. Outrossim há outros trechos perdidos no manuscrito veronense e um que fôra suprimido no livro III. Estas fôlhas encontram-se agora em Florença, publicadas na coleção "Papiri Società Italiana".. P. S. I. XI, 1182.

A mais recente edição crítica de Gaio feita por um jurista é a de F. De Zulueta (Oxford 1946). Precioso é o comentário (ibidem, 1953).

Florentino — Pelo índice colocado no início do Digesto sabemos que as Instituições de Florentino compreendiam doze livros. Não é claro o sistema por êle seguido. Os fragmentos que chegaram até nós, pela compilação, contêm duas citações dos juristas, Trebácio e Galo Aquílio, e a referência a duas constituições imperiais, uma do *divus Traianus* que é citada textualmente, e outra do *divus Pius*. Célebres são duas definições: a dos esponsais — *mentio et repromissio nuptiarum futurarum* (D. 23, 1, 1 — e a da *libertas* — *naturalis facultas eius quod cuique facere libet, nisi si quid vi aut iure prohibetur*. Esta última é citada também pelas Institutas de Justiniano, que várias vêzes se utilizam da obra de Florentino (D. 1, 5, 4 pr.; Inst. 1, 3, 1).

Calstírato — Escreveu três livros de Instituições. A compilação conservou-nos dêle tão sòmente cinco fragmentos, por onde se pode concluir que o primeiro livro tratava do direito hereditário, o segundo do direito das pessoas e das coisas, o terceiro das obrigações. Não denunciam as características do estilo próprio das obras de Calístrato, que era seguramente de origem grega; e nem encontramos citações de constituições imperiais, freqüentes, pelo contrário, nos outros escritos dêste jurista.

Paulo — Dos *libri II institutionum* de Paulo temos, na compilação, sòmente três fragmentos. Através de uma citação de Boécio, Cic. Top., se pode concluir que o livro segundo tinha um título *de dotibus*. Em um fragmento da obra está contida a famosa definição da natureza da obrigação: *Obligationum substantia non in eo consistit ut*. etc.... (D. 44, 7, 3 pr.).

Ulpiano — Os dois livros de Instituições de Ulpiano, escritos sob Caracala, foram utilizados pelos compiladores das Instituições e citados na *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*. Em 1835 foram encontrados alguns fragmentos seus em seis tiras de papiro empregadas na atadura de um manuscrito existente na Biblioteca imperial de Viena, sendo chamados por isso *Fragmenta Vindobonensia*. Lenel ordenou êsses fragmentos da seguinte maneira: livro I — parte geral e direito das pessoas; II — direitos reais e direitos sucessórios.

Marciano — Escreveu dezesseis *libri institutionum*, largamente usados pelos compiladores justinianeus. Até o livro quarto seguiam a ordem das de Gaio; nos últimos livros há um comentário a cada lei. São muito freqüentes as citações de constituições imperiais. Encontram-se também explicações de conceitos fundamentais e observações de natureza filosófica. O autor, muito a par da literatura, transcreve passagens de Demóstenes, Crisipo, Homero e Virgílio. Alguém entendeu que a obra se destinava aos funcionários imperiais; mas outros, por causa da sua data posterior à morte de Caracala, i. é, depois que êste imperador conferira a cidadania romana a todos os habitantes do império (212), entenderam se destinava às províncias orientais, a fim de nelas difundir o conheci mento do direito romano. Por isto, na obra faltaria o estudo das obrigações, cujo regime no oriente não diferia muito do romano. Ainda outros suspeitam que Marciano fôsse grego, o que se não concilia com o seu es-

tilo elegante e a sua forma pura. Recentemente foi levantada a dúvida de que a obra resulta de um trabalho preparatório para um livro de *institutas* juntamente com outro para um escrito da classe dos *libri digestorum*.

§ 152 — Libri Regularum e semelhantes.

Paulo define a regra: *quae rem quae est breviter enarrat*. As regras e definições constituem uma das características da literatura jurídica após Quinto Múcio e Sérvio Sulpício. A regra forma-se através de soluções práticas de casos concretos. Ela depois é enunciada de modo geral nos tratados elementares e seguida de exemplos; pela regra chega-se à elaboração do conceito. Desse modo em D. 50, 17, 1 Paulo ilustra a obra de jurisprudência romana e de sua elaboração científica: *non ex regula ius sumatur, sed ex iure quod est regula fiat*. Por outro lado: *Omnis definitio in iure civili periculosa; parum est enim ut non subverti potest* (D. 50, 17, 202).

Como instituições, destinadas também ao primeiro ensinamento, parece tenham sido os *libri regularum*, que continham uma exposição dos princípios fundamentais do direito. Distinguem-se dos *libri institutionum* porque a exposição da matéria não é coordenada sistemàticamente e apresenta de preferência uma série de máximas separadas e concisas. É provável que estas, como as *regulae* dos gramáticos, fôssem aprendidas de cor pelos estudantes ou pelos práticos.

Redigiram *libri regularum:* Nerácio, Pompônio, Gaio, Paulo, Ulpiano, Licínio Rufo, Marciano e Modestino.

NERÁCIO — *Neratius Priscus*, um dos chefes da escola proculiana, pertencente ao *Consilium* de Trajano, escreveu *XV libri regularum*, dos quais nos conservaram os compiladores poucos fragmentos. Pelo que se sabe através dêstes, o sistema de exposição segue o de Gaio, i. é, *personae, res, actiones*. A obra não contém nenhuma citação de juristas e de providências imperiais e nem mesmo é citada pelos jurisconsultos posteriores. Recentemente surgiu a suspeita de que as *regulae* de Nerácio tivessem sido acréscimos de origem pós-clássica. Na realidade os trechos que parecem glosas, por se haverem acrescentado de maneira independente ao tratado de Nerácio, são certamente autênticos, uma vez que substancialmente correspondem ao modo de exposição das *regulae*. Pode-se lhe duvidar da genuinidade quando têm caráter explicativo; pois devemos ter presente que a língua e o estilo de Nerácio, especialmente nestas regras, são muito simples e claros de modo que difìcilmente necessitavam explicações; portanto muito bem Lenel assinala como única provável glossa em um dos fragmentos uma locução que tem caráter explicativo, mas ao mesmo tempo visa antes resumir que parafrasear o texto de Nerácio.

POMPÔNIO — É provável que o *liber singularis regularum* de Pompônio tenha sido escrito antes da morte de Antonino Pio (161 d. C.).

Com efeito em uma das notas de Marcelo, acrescentadas à obrazinha, há uma referência a um rescrito daquele imperador; pois, tendo sido omitido pelos compiladores justinianeus o texto de Pompônio, ao qual era aposta aquela nota, é provável que não se referisse ao rescrito e, portanto, tenha sido redigido antes dêle. Os fragmentos conservados na compilação são apenas cinco, se se excetuam os dois onde é referida ùnicamente a anotação de Marcelo. Parece que pertence à obra uma regra a respeito das servidões editada em 1556 com base em alguns fragmentos, que haviam pertencido a Júlio César Escalígero.

GAIO — Dêste jurisconsulto o *index auctorum* menciona o *liber singularis regularum*. Mas, na compilação, além de um fragmento tirado desta obra, são citados outros dois textos, um tirado do livro I e outro de um livro III *regularum* de Gaio. Não se pode dizer com certeza se o *liber singularis* é uma nova edição por Gaio ou por outros. De mais, não se exclui a hipótese de ter Gaio empregado duas vêzes o mesmo título para obras totalmente diferentes. Mas, a propósito, deve-se notar que o fragmento extraído do livro III denuncia um estilo que não é de Gaio certamente, em uma passagem que corresponde a um trecho da restauração pós-clássica das *Sentenças* de Paulo. De qualquer modo, porém, Gaio escreveu o *liber singularis* depois do manual de Instituições, porque neste não ha referência a um rescrito imperial inovador em matéria de adrogação das mulheres.

SCÉVOLA — Q. Cervídio Scévola é um jurista dos fins do II século d. C., autor entre outras obras de quatro *libri regularum*. Os poucos fragmentos conservados pela compilação não contêm nenhuma citação que permita estabelecer a data da redação da obra. Em um texto, todavia, é citado o conteúdo de uma decisão de Antonino Pio. O nome do imperador foi cancelado. Segundo alguns a ordem da obra seria a dos *libri digestorum*, i. é, seguia primeiramente o edito perpétuo e depois faria um comentário a cada lei. Também nesta obra de regras temos máximas separadas, expostas suscintamente. No índice alfabético das obras dos juristas compiladas por Lenel (*Paling.* II c. 1243) é errôneamente, atribuído a Scévola um *liber singularis regularum*.

PAULO — Ao lado das instituições Paulo escreveu também *regulae*. O *index auctorum* menciona sete livros; e, por êrro, duas vêzes um *liber singularis*. Aqui também não é possível estabelecer se se trata de uma dupla edição da mesma obra. Nos primeiros três livros mais difundidamente se trata do direito das pessoas, dos testamentos e dos legados. São citados Sabino e Pompônio. A respeito do classicismo do *liber singularis* foram formuladas várias dúvidas, mas se deve ter como certo que alguns fragmentos foram interpolados pelos comissários justinianeus.

ULPIANO — Êste fecundo escritor compôs também sete livros de *regulae* e um *liber singularis*. O *index auctorum* contém a indicação de ambas as obras. Desconhecida é a ordem bem como a data de redação dos libri VII. O *liber singularis,* além dos dois fragmentos citados pelos

Digestos é por nós conhecido através de um manuscrito redigido na França no século X ou XI e hoje conservado na Biblioteca Vaticana nr. 1128. Publicado em 1548 por G. Tilius (Du Tillet) e consultado por Cujácio em 1576, perderam-se suas pégadas até que foi assinalado por Savigny.

O manuscrito não traz a obra inteira, mas um epítome de vinte e nove títulos e um proêmio acrescentado em apêndice à *Lex Romana Visigothorum* com as palavras: *incip. Tituli ex corpore Ulpiani.* Os fragmentos representam cerca de um têrço da obra inteira; conhecem-se alguns fragmentos contidos no Digesto ou referidos na *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum.*

O resumo foi feito, segundo Mommsen, depois da constituição de Constantino de 320, pelo qual se aboliram as penas impostas aos celibatários e aos sem filhos (*orbi*); Huschke, ao invés, o situa nos fins do século V. O texto referido não é sempre genuíno mas alterado por interpolações e muito mutilado, tendo o compilador tirado do exemplar sòmente o que podia servir para os usos da prática, omitindo especialmente o princípio no qual se expunham as divisões do *ius* e além disso a teoria das obrigações e das ações do fim do tratado. A redação do manuscrito é muito deficiente, também na resolução das abreviações; as rubricas não são originais, mas provêm de manuscritos anteriores ao Epítome.

A obra continha uma exposição resumida dos princípios fundamentais do direito privado, civil e honorário, segundo o sistema das instituições gaianas, com as quais coincide por vêzes não só nas palavras, mas na ordem da exposição. Havia, porém, o acréscimo de alguns pontos não considerados por Gaio, como os institutos *de dotibus, de donationibus, inter virum et uxorem,* o nôvo direito *ex lege Papia Poppaea.* Schulz em 1926 demonstrou que o Epítome pós-clássico foi tirado do *liber singularis regularum* de Ulpiano e de outras fontes, principalmente da obra de Gaio, *Institutiones*, exatamente daquela mesma redação por nós conhecida do manuscrito veronense. Êsse resultado é mais provável que os apresentados por Arangio Ruiz e por Albertário. O primeiro, considera o Epítome baseado em uma segunda edição das Institutas de Gaio elaborada em forma mais ampla pelo mesmo Gaio; ao passo que o segundo o considerou uma crestomatia pós-clássica elaborada de acôrdo com várias obras de Ulpiano. Das Regras de Ulpiano existe uma edição (introdução, texto, tradução e notas) publicada em S. Paulo em 1952 por G. Sciascia.

LICÍNIO RUFINO — Êste jurisconsulto, contemporâneo de Paulo, escreveu *XII libri regularum*, cuja ordem também se avizinha das instituições de Gaio, o que confirma a natureza dêsses manuais. Na obra é citada uma constituição do imperador Antonino, e donde se deduz que foi escrita sob Caracala. Dos juristas, mencionam-se Galo Aquílio e Juliano.

MARCIANO — Escreveu além das instituições um manual de *Regulae* em cinco livros. Ao lado das citações *Severus et Antoninus*, se encontra muitas vêzes a outra forma *divi Severus et Antoninus* e também

Magnus Antoninus e *divus Antoninus*. Embora sejam numerosos os fragmentos acolhidos no Digesto, não se consegue restabelecer a ordem de exposição. Citam-se muitos juristas anteriores.

MODESTINO — Dos *X libri regularum de Herennius Modestinus* são célebres algumas máximas e definições: *legis virtus haec est imperare vetare permittere punire,* onde se distinguem as normas jurídicas imperativas, proibitivas, permissivas (i. é, expressas sob a forma de permissão, mas que na realidade são ou imperativas ou proibitivas, ou negativas) e punitivas; a famosa definição do matrimônio: *nuptiae sunt coniunctio maris et feminae et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communicatio,* que fere a relação familiar na sua essência e que é exata também para o matrimônio *cum manu* (D. 23, 2, 1); o conhecido brocardo *in testimoniis autem dignitas fides mores gravitas examinanda est*" (D. 22, 5, 2). A obra de Modestino não foi escrita antes do reinado de Alexandre Severo (222 — 235 d. C.), porque cita as respostas de Paulo redigidas sob êste imperador. Ha, além disso, menção de Bruto, Scévola (Q. Múcio), Nerácio e Juliano. A ordem foi reconstruída por Lenel; pela inscrição de um fragmento publicado por J. Pitou em 1573, sabemos que o livro IX tinha a rubrica *de bonis libertorum et de testamentis*.

Muito afins dos *libri regularum* são os *libri definitionum*. Nas fontes, com efeito, *definitio* é sinônimo de *regula*. Também tais escritos têm como os das *regulae* um escopo prático mais acentuado que o dos *libri institutionum,* destinados preferìvelmente a fins didáticos. Nesse não estão contidas aquelas proposições a que nós chamamos pròpriamente definições, mas princípios jurídicos fundamentais de valor geral. Sômente Papiniano escreveu uma obra intitulada *Definitiorum libri II,* que faz uma sintética exposição da matéria ordinàriamente tratada nos *libri digestorum,* cuja ordem talvez siga também. Não são citados nenhuns juristas e nenhumas constituições imperiais. Um fragmento do livro II com a rubrica *de iudicatis* é citado na *Collatio legum*.

Igualmente destinados à prática são os *Pithana* ou *Sententiae* ou *Opiniones,* manuais em poucos livros, que trazem breve e concisamente os princípios do direito vigente, em alusões das controvérsias doutrinárias ou referências a desenvolvimentos históricos de cada instituto.

LABEÃO — Escreveu alguns Pithana, conhecidos através de um extrato compilado por Paulo, do qual se referem alguns fragmentos nos Digestos. As inscrições de tais fragmentos são assim formuladas: *Labeo libro — a Paulo epitomatorum;* em oito trechos, porém, falta a indicação *a Paulo epitomatorum;* pretendeu-se sustentar que êstes foram tirados da obra original. Na realidade, também em tais textos se encontram acréscimos de Paulo e portanto se deve entender que a inscrição foi alterada pelos compiladores justinianeus. Com os poucos fragmentos conservados não é possível estabelecer com certeza o sistema do resumo de Paulo. Trata-se o mais das vêzes de casos sem motivação e sem citações de outros juristas. Dos acréscimos de Paulo falaremos quando tratar-

mos do tipo de obras reelaboradas. Os *Pithana* de Labeão são nomeados uma vez por Pompônio, que se utilizou da obra original. Não se sabe se a citação de Ulpiano se refere a esta ou à reelaboração feita por Paulo; mas, pelo fato de o primeiro jurista jamais citar outro, se deve ter como certo que também Ulpiano se utilizou diretamente da obra de Labeão.

PAULO — É autor de *V libri sententiarum*, das quais a compilação nos conservou cento e quarenta fragmentos. A obra teve no período pós-clássico muita autoridade e difusão. Com efeito, uma constituição de Constantino de 327 tira as dúvidas levantadas a respeito do seu valor práticc, exatamente por que era uma reelaboração do original, e a lei das citações de 426 confirma expressamente a sua autoridade nos tribunais. Assim se explica o trazerem tôdas as coletâneas de direito dêste período fragmentos seus e porque às vêzes é citada sob o título *Sententiae Receptae*. Dela chegaram até nós cêrca de um sexto na *Lex Romana Visigothorum*, sob a forma de epítome feito pelos comissários da lei e do qual vários resumos foram feitos posteriormente, em alguns manuscritos, ou mediante confronto com obra mais antiga ou com acréscimos separados em apêndice; outros fragmentos são trazidos pelos *Vaticana Fragmenta*, pela *Collatio*, pela *Consultatio* ou são citados na *lex Romana Burgundionum*. Êstes fragmentos, unidos aos conservados pelo Digesto, permitiram a reconstrução quase completa da obra. Mas, o texto assim obtido não é de todo genuíno. Além das alterações que podem provir das mais antigas relações, os comissários visigóticos fizeram não só mutilações, mas também freqüentes modificações. A obra destinada à prática dividia-se em cinco livros e títulos, com rubricas, e continha os princípios fundamentais do direito privado, penal, processual expostos segundo a ordem do edito perpétuo.

A crítica negou que pertençam as *Sententiae* a Paulo e as atribuiu a um compilador do III século ou pós-clássico, o qual teria composto uma antologia extraída das obras de Paulo ou, segundo outros, dos escritos dos vários juristas Paulo, Ulpiano, Papiniano e talvez Modestino É mais provável, porém, que a obra tenha sido constantemente atualizada por desconhecidos professôres de direito posteriores a Paulo, como recentemente demonstrou Ernst Levy.

ULPIANO — É autor de *VI libri opinionum*. Com um estilo mui diverso do peculiar a Ulpiano, razão pela qual se duvidou se se devem atribuir a algum jurista posterior. Os fragmentos seguem a mesma ordem dos *libri disputationum* e contêm uma série de proposições jurídicas sem referências a opiniões alheias ou a rescritos imperiais. Do fato de se interromper o último livro com o estudo da *actio ad exhibendum*, que no edito perpétuo em 45 títulos constitui o título décimo quinto, Lenel suspeitou que Ulpiano a tivesse deixado incompleta e assim tivesse chegado até Justiniano, que no *index auctorum* diz expressamente que se compunha de seis livros. Seja como fôr, foi escrita depois de 195 d. C., após a *Oratio Severi*, que vedou aos tutores a alienação dos fundos de propriedade do pupilo.

§ 153 — **Libri responsorum.**

A importância assumida durante o Principado pelo *ius respondendi* dos juristas explica a formação de coleções de respostas. A maneira todavia pela qual estas respostas são publicadas varia muito. Geralmente os juristas limitam a referir a respostas sem motivação, com uma sumária exposição dos fatos; outras, os nomes das partes são abreviados ou indicados com os têrmos *Titius, Caius, Seius* e semelhantes; outras ainda, faltam por completo. Sucede também deixarem de lado a pergunta e referirem ùnicamente a resposta, a qual então assume o aspecto de solução de um caso teórico. Mas de ordinário, tôdas estas alterações devem ser atribuídas aos comissários justinianeus.

Escrevem *libri responsorum:* Sabino, Marcelo Scévola, Papiniano, Paulo, Ulpiano, Galo Áquila (que se não deve confundir com o jurista republicano) e Modestino.

SABINO — Masúrio Sabino obteve de Tibério o *ius respondendi.* Dos seus *libri responsorum,* que eram pelo menos dois, a compilação conservou-nos tão sòmente uma referência de Calístrato. Muitas outras citações, porém, de respostas de Sabino são feitas por outros juristas, não se sabendo, contudo, se respostas contidas nos *libri responsorum* ou em outras obras do mesmo autor. Por outra parte, suspeitou-se que as respostas de Sabino tivessem sido colecionadas por Urseio Ferox de cuja obra seriam tiradas aquelas citações.

MARCELO — O *liber singularis responsorum* foi escrito provàvelmente sob o imperador Antonino Pio. Recentemente surgiu a dúvida de terem os poucos fragmentos conservados na compilação sido anotados por um anônimo jurista pós-clássico. Na verdade, os textos denunciam alterações graves e peculiaridades estilísticas estranhas ao tipo de obra a que pertencem. Encontram-se, com efeito, motivações desnecessárias e disquisições supérfluas; mas muitas delas devem ser atribuídas certamente aos comissários justinianeus.

Q. CERVÍDIO SCÉVOLA — Os *libri VI responsorum* de Q. Cervídio Scévola foram escritos provàvelmente sob Septímio Severo. A história da tradição desta obra é muito discutida, porque numerosos textos na coleção de respostas se encontram idênticos na outra obra de Scévola *XL libri digestorum.* Os dois escritos têm certamente um arquetipo comum. Segundo a opinião dominante, que é a de Mommsen, Scévola teria publicado antes os *responsa,* ao passo que os *digesta,* derivados daqueles, teriam sido póstumos. Segundo outros, não se deve excluir a hipótese de ter o jurista publicado os *digesta,* donde deriva a subseqüente edição dos *responsa.* Schulz sustentou que o arquetipo foi publicado sòmente nos fins do III ou princípios do IV século. Mas se são autênticas como parece, as anotações de Cláudio Trifonino e de Paulo apostas quer aos *Digesta* quer aos *responsa,* esta última hipótese não tem fundamento, a não ser que se queira sustentar que as anotações dos

dois juristas foram acrescentadas ao manuscrito inédito da obra de Scévola, o qual, deveria ter ido parar às mãos dos dois anotadores. Nessa obra, as decisões são referidas em um estilo muito conciso, sem motivações, com freqüentes remissões à *cognitio* do juiz. A ordem dos primeiros cinco livros é a do Edito Perpétuo.

PAPINIANO — Os justinianeus utilizaram-se largamente na compilação dos *XIX libri responsorum* de Papiniano, anotados por Ulpiano e Paulo. Os vários fragmentos seguem a ordem do Edito Perpétuo, nos primeiros doze livros e referem-se a leis e senatusconsultos, nos restantes. A primeira parte da obra foi escrita sob Severo e Caracala (198-211); a segunda sob Caracala (212-217). Apresenta uma coleção casuística sem referência a determinados casos práticos; só excepcionalmente guarda distinção entre a pergunta das partes e a resposta do consulente; o parecer é muitas vêzes totalmente mantido. No escrito se referem também pareceres de outros juristas e várias constituições imperiais. Fora da compilação chegaram até nós da obra de Papiniano fragmentos exíguos em pedaços de pergaminho escritos nos séculos IV e V e encontrados no Egito em 1876 e 1877. Dêsses pergaminhos três contêm fragmentos do livro V e se encontram em Berlim no Museu de Antigüidades Egípcias; quatro trazem fragmentos do livro IX e se conservam desde 1882 no Museu do Louvre. Às respostas estão anexas notas de Paulo e Ulpiano; e nas notas do livro V as margens inferiores das fôlhas e os intercolúnios contêm escólios gregos. Os remanescentes do livro V foram editados primeiramente por Krüger em 1879, mas com sagacidade foi restituídc o seu nexo por Hilário Alibrandi, que pelo mesmo sistema conseguiu em parte unir os trechos do livro IX publicados por Dareste em 1883. No fim da *Lex Romana Visigothorum* é referido um fragmento de Papiniano extraído do Livro I *responsorum* sob o título *de pactis inter virum et uxorem*. Digno de nota é que a passagem de Papiniano, em um códice do século X, conservado em Paris, tenha sido substituída, como resulta evidente da forma e do conteúdo, pelo proêmio de uma constituição de idade tardia.

PAULO — Os *XXIII libri responsorum* dêste jurista foram escritos sob Alexandre Severo. As respostas conservaram-se de vários modos; às vêzes a decisão é dada, como nas respostas de Scévola, por uma simples afirmação ou negação; de modo que se pensou tivesse a coleção fins didáticos. Quando nos vários fragmentos se refere isolado um rescrito imperial, sem nenhuma observação de Paulo, se deve pensar que os compiladores abreviaram o texto cancelando-lhe a parte da resposta. Fora da compilação chegaram até nós algumas respostas, através dos *Vaticana Fragmenta*.

ULPIANO — Dos *II libri responsorum* a compilação conservou-nos cêrca de trinta breves fragmentos, que se limitam a pareceres do mesmo Ulpiano, nos quais o pedido e a decisão são reunidas em uma concisa formulação. Não são fundamentados. Na obra, escrita sob Caracala, não se encontra nenhuma ordem de exposição.

GALO AQUILA — Dêste jurista, também chamado *Iulius Aquila,* temos tão sòmente dois fragmentos tirados de um livro de respostas. As perguntas dos postulantes foram omitidas pelos compiladores. Em um dos dois fragmentos foi dado uma resposta conforme a um rescrito de Septímio Severo; mas, duvida-se tenha dado o parecer independentemente da disposição imperial.

MODESTINO — A primeira parte dos *XIX libri responsorum* dêste jurista segue a ordem do Edito Perpétuo; a segunda parte contém pareceres conexos com leis e senatusconsultos.

Em quase todos os fragmentos, antes da resposta se encontra o nome de *Herennius Modestinus* e raramente a fundamentação do parecer. Alguns instrumentos, que o jurista considera são escritos em grego. Numa constituição de 239, conservada no Código justinianeu, cita-se uma resposta dêste jurista.

§ 154 — Libri epistolarum.

As obras dêste título contêm geralmente tratados e pareceres jurídicos dados por carta, a propósito quer de questões de natureza estritamente teórica, quer de casos práticos antigos e recentes, utilizados a título de ensinamento e discussão científica. Muitas vêzes se trata de correspondência entre juristas, na qual o aluno interroga o mestre, que responde também por carta. O uso das cartas como meio para se tratar de várias matérias era muito difundido em Roma; Gélio recorda as cartas de Varrão sôbre questões gramaticais e várias obras da jurisprudência clássica muitas vêzes referem cartas com questões jurídicas. Célebre é uma carta de Celso, nos seus *libri digestorum.* — Certo Domício Labeão propõe por carta a Celso o problema de saber se podia ser admitido como testemunha em um testamento quem fôra ao mesmo tempo o escrivão. Celso também por carta responde: — "Ou eu não entendo o que me perguntas ou a tua pergunta é verdadeiramente estúpida. Com efeito, é mais que ridículo duvidar seja permitido admitir como testemunha o escrivão do testamento" [1]. Desta resposta se originou na Idade Média o dito: — *responsum celsinum* significa grosseiro; *quaestio domitiana,* tola. É curioso porém, que os intérpretes modernos achem que Celso errara, ou que, pelo menos, não fôra completamente racional a decisão do caso. Na realidade as sete testemunhas necessárias para a validade do testamento não são simples testemunhas de atestação, mas também de solenidade: *testes ad testamentum adhibi, testes rogati;* i. é, devem estar propositadamente presenciando o ato da feitura do testamento; e a sua presença não pode ser simplesmente acidental ou involuntária [2].

1. D. 28. 1. 27 Cels.

2. D. 28, 1, 21, 2 Ulp.; D. h, t. 20, 10 Ulp. O legislador brasileiro dedicou ao assunto um artigo do cód. civ. (1639) dando poder ao oficial, que tiver escrito o testamento cerrado dum analfabeto, de aprová-lo.

Escreveram *libri epistularum* Labeão, Próculo, Javoleno, Nerácio, Celso, Africano e Pompônio.

Dos *libri epistularum* de Labeão temos sòmente uma citação proveniente de um fragmento de Pompônio *ad Sabinum*. Mommsen quis ler o texto *posteriorum* em lugar de *epistolarum;* mas, não há razão suficiente para negar-se que entre os quatrocentos livros escritos por Labeão houvesse também uma coleção de cartas.

PRÓCULO — Célebres pela largueza das indagações e pelos arrazoados brilhantes são os *libri epistolarum* dêste jurista do I século. O Índice Florentino indica ùnicamente oito livros de cartas; mas na compilação se encontra, também fragmentos extraídos do livro XI; e portanto, ao invés de corrigir as inscrições dêste como também se pretendeu deve-se suspeitar um êrro no autor do índice. A obra contém respostas tiradas da prática e exposições teóricas, com citações de outros juristas. Aparecem como interpelantes os juristas *Sempronius Nepos, Licinius Lacusta* e *Atilicinus,* provàvelmente ex-alunos de Próculo. Em uma carta se trata com grande originalidade da aquisição da posse do javali caído nos laços armados pelo caçador[1]; noutra, certo Ibero pede ao jurista trate com o seu vizinho, que construíra uma piscina perto da parede comum, a fim de o persuadir a não fazer uma coisa contrária ao direito[2].

JAVOLENO — Os *XIV libri epistularum* de Javoleno Prisco são uma coletâneas de *responsa* e de *quaestiones* sem ordem determinada. Do modo pelo qual se formulam as perguntas se deve deduzir que os postulantes são estudiosos do direito, os quais, por vêzes, citam pareceres de Próculo e Labeão, pedindo a sua confirmação a Javoleno. Muitas vêzes, a respeito dos casos propostos, se fazem exposições teóricas com perguntas e respostas de caráter didático.

NERÁCIO — A compilação não nos conserva nenhum fragmento das cartas de Nerácio Prisco. Delas temos conhecimento através de três citações de Ulpiano, que refere também o conteúdo de uma carta de Nerácio a Aristão. A obra devia compreender pelo menos quatro livros.

CELSO — Das Cartas de Celso temos tão sòmente uma referência de Ulpiano, que delas cita o livro XI. O postulante é certo *Flavius Respectus,* pretor, que pede conselho a respeito da oportunidade de se conceder a *integrum restitutio* a um menor de vinte e cinco anos. Ulpiano diz também que a questão foi tratada no livro II *digestorum* de Celso, de onde se deduz que os *libri epistularum* não seguiam a ordem do Edito Perpétuo.

AFRICANO — Uma citação de Ulpiano é assim formulada: — *Africanus libro XX epistularum apud Iulianum quaerit.* Portanto, o aluno de Juliano escreveu uma obra de pelo menos vinte livros de cartas. Mas, não temos dela outros vestígios.

---

1. D. 41, 1, 55 Procul.
2. D. 8, 2, 13 Procul

POMPÔNIO — Os *XX libri epistolarum* foram publicados depois da morte de Antonino Pio (161). Como se revela através do Índice Florentino e da atribuição a massas diversas, os compiladores utilizaram esta obra distintamente da outra de Pompônio, *Variae lectiones*, pelo menos em quarenta e um livros; mas em vários fragmentos do Digesto temos a inscrição *Pomponius libro..... epistularum et variarum lectionum*. Lenel julga que tal inscrição se refere a um epítome das duas obras, desconhecido dos juristas clássicos. Pelo modo como são tratados os vários argumentos e pelo estilo empregado, que não corresponde ao das coletâneas de cartas se deveriam suspeitar que a maior parte dos fragmentos atribuídos aos *libri epistularum* fôsse tirada das *variae lectiones*. Todavia, por vêzes, conservam-se perguntas de juristas, pedindo conselho a Pompônio e citando a opinião de outros jurisconsultos. Característica é a carta de um velho de setenta e oito anos onde o pobre homem confessa que a única razão de viver é a *cupiditas discendi*, e, recordando uma sentença grega acrescenta, que embora já com um pé no sepulcro deseja ainda aprender [1].

§ 155 — Libri quaestionum e disputationum.

Da atividade dos juristas como mestres, provêm os *libri quaestionum* e os *libri disputationum*, os quais contêm respostas dos juristas mais célebres, que constituem objeto de discussão científica e são constituídos de tratados de índole teórica, a respeito de casos práticos ou fictícios com análise e consideração dos pareceres contrários, citações de leis, constituições, senatusconsultos. Enquanto nos *libri disputationum* a referência à discussão escolástica se mostra evidente no próprio título, nos *libri quaestionum* a exposição por vêzes assume um caráter nìtidamente dogmático e o caso prático é ampliado com outros elementos, a fim de melhor pôr em evidência na investigação os que possam influir na decisão em um sentido ou noutro.

Escreveram *libri quaestionum* Fufídio, Celso, Scévola, Papiniano, Calístrato, Tertuliano e Paulo. Meciano escreveu uma obra particular *libri XVI quaestionum de fideicommissis*. Escreveram *libri disputationum* Trifonino, Ulpiano e talvez também Saturnino.

Da obra de FUFDÍIO, jurista do I século do Império, temos sòmente uma citação feita por Africano, na qual se faz referência também à opinião de *Atilicinus;* dos *libri quaestionum* de CELSO conservaram-se três citações de Ulpiano. As obras eram pelos menos de dois e de doze livros respectivamente.

AFRICANO — Nos *IX libri quaestionum* Africano recolheu os ensinos de Juliano, seu mestre, e sòmente em pequena parte o material é próprio. Já os Glosadores haviam visto que nos fragmentos onde se

1. D. 40, 5, 20 Pomp.. "kan ton eteron póda en tei soroi echo, prosmathein ti bouloímen". O parecer de Juliano deve ter chegado antes de êle dar outro passo.

diz *ait, inquit, respondit, putat,* etc., Africano refere a sentença de Juliano, cujo nome é, por vêzes, indicado expressamente. Vários confrontos textuais entre os escritos de Juliano e as *quaestiones* de Africano podem servir de prova. Todavia, há quase sempre dúvida a respeito do pertencente a um e a outro jurista. Ao lado de verdadeiras e próprias *quaestiones,* se referem respostas particulares e se fazem formulações teóricas. O sistema segue de perto o de Q. Múcio e os institutos de direito civil são considerados juntamente com os de direito honorário, como se verifica algumas vêzes no sistema de Sabino. Todos os lugares, como em geral os das outras obras de Africano, são particularmente complexos; daí o dizer-se na Idade Média: — *Lex Africani, ergo difficilis* [1].

SCÉVOLA — Ensinando, Scévola publicou vinte livros de *quaestiones* sob o imperador Cômodo (180-192); Marciano cita-os como *variae quaestiones.* A ordem é a dos *libri digestorum,* de que se falará dentro em breve. Citam-se muitos juristas, quer diretamente, quer de segunda mão. Ao lado desta obra, Scévola escreveu *liber singularis quaestionum publice tractatarum,* no qual a análise do caso concreto é mais particular e difusa.

PAPINIANO — Os *XXXVII libri quaestionum* redigidos sob Severo (193-198) constituem a obra principal de Papiniano. O jurista faz uma exposição, parte dogmática e parte casuística, que se apresenta mais semelhante à dos *libri digestorum,* cuja ordem também seguem do que às verdadeiras e próprias *quaestiones* escolásticas. São particularmente citadas as opiniões dos *veteres* e mòrmente de Juliano. Não é possível estabelecer se a obra pretendia fazer uma exaustiva exposição da matéria tratada nos *libri digestorum* ou se servia para integrar estas coleções. Paulo escreveu anotações à obra. Uma citação do livro III se encontra no manual de leis de Armenópulo; é, com tôda certeza, genuína, sendo, contudo, de origem bizantina a máxima nela referida.

TRIFONINO — Pelo fato de que os *XXI libri disputationum,* embora sigam a ordem do Edito Perpétuo, chegam a tratar ùnicamente do testamento, se suspeita que a obra ficou incompleta ou, de qualquer modo, não chegou íntegra aos justinianeus. Em algum fragmento é possível encontrar a discussão desenvolvida no *auditorium* a respeito de casos particulares. Os primeiros dez livros da obra foram escritos sob Caracala e Geta (211-212).

CALÍSTRATO — Os *II libri quaestionum* pertencem ao tempo de Severo. Citam-se várias constituções imperiais e respostas consideradas de Sabino e de Papírio Fronto.

TERTULIANO — Êste jurista, que se não deve confundir, como o sustentam alguns, com o homônimo contemporâneo, Padre da Igreja, escreveu *VIII libri quaestionum,* dos quais a compilação nos conservou

1. Duas das assim chamadas *leges damnatae septem cruces jurisconsultorum* são de autoria de Africano (D. 12, 6, 38; D. 13, 4, 8).

dois fragmentos e algumas citações de Ulpiano. Em um dos dois textos se mostra clara a discussão escolástica; de uma das citações se deduz que Tertuliano tomou em consideração uma opinião de Pompônio e talvez também de Juliano.

PAULO — Seguem a ordem do Edito Perpétuo na primeira parte os *XXVI libri quaestionum* citados largamente pelos Compiladores justinianeus. Várias vêzes a obra é mencionada em constituições de Justiniano. Contém principalmente casos particulares provenientes em parte das *disputationes* orais e em parte das perguntas por escrito feitas por discípulos, entre os quais *Licinius Rufinus;* e de cada questão se examinam profundamente todos os lados com extensas indagações analíticas e excursos teóricos. Um fragmento [1] refere por extenso uma discussão havida no *auditorium* por Papiniano; em outros se citam ou transcrevem rescritos imperiais e resumos de antigos escritos jurídicos. Os passos com formulações teóricas não conexos com *disputationes* devem considerar-se como alterados pelos Compiladores. A obra foi publicada depois da morte de Severo (211).

ULPIANO — Os *X libri disputationum,* a que Diocleciano em uma constituição chama *libri publicarum disputationum* foram escritos sob Caracala e provàvelmente editados ainda uma vez depois de Constantino. Aí se trata de casos jurídicos antigos e recentes, também encontrados na prática do mesmo Ulpiano. Da obra chegaram até nós também várias relíquias entre os documentos egípcios adquiridos pela Biblioteca de Estrasburgo; uma meia fôlha de pergaminho bastante destruída, escrita no verso e no anverso com letras unciais e dividida originàriamente em duas colunas; da escritura da segunda coluna do verso e da primeira do anverso restam apenas alguns vertígios; as outras duas colunas têm vinte e nove linhas cada uma, suficientemente legíveis. A fôlha foi decifrada e publicada por Lenel em 1903, o qual reconheceu pertencerem os fragmentos à obra *Disputationum*, de Ulpiano, e precisamente ao livro III. Em 1904 Lenel publicou dois fragmentos de pergaminho da mesma procedência.

§ 156 — Libri digestorum.

Digerere significa ordenar, expor sistemàticamente. Mommsen considera em geral que o título *libri digestorum* indicava a coleção ordenada de todos os escritos de um jurista ou de uma classe de juristas, e nós vimos relativamente ao período da República os quarenta livros de *digesta* de Alfeno Varo, que contêm os ensinamentos de Sérvio Sulpício, e a obra de Aufídio Namusa em cento e quarenta livros, que recolhiam e ordenavam, segundo Pompônio, os escritos de oito discípulos de Sérvio, e que tinha provàvelmente o título de *digesta*. Mas esta opinião acêrca do significado da denominação deve considerar-se como errônea no referente aos *libri digestorum,* redigidos após a codificação do Edito

1. D. 12, 1, 40 Paul.

Perpétuo. Têm com efeito êste título enquanto compreendem ordenadamente tôda a matéria do direito civil e honorário justamente com o direito e o processo penal e também o direito público. Em tal sistema de exposição se manifesta, pelo lado externo, a tendência para a fusão dos regimes jurídicos, que quanto à substância se completará com Justiniano. Tal ordem, demais, não é peculiar a êstes comentários, mas se tornou a base de muitas obras jurídicas, que visavam abranger o conjunto do direito, quer fôssem efetivamente tratados gerais, quer, ao invés, fôssem coleções de casos particulares de direito mais ou menos analisados, como acontece com os *digesta*, os *responsa* e as *quaestiones* de Q. Cervídio Scévola, os *responsa* e as *quaestiones* de Papiniano, as *disputationes* de Ulpiano, os *responsa* de Modestino; ou mesmo manuais de princípios jurídicos universalmente aceitos, como as *sententiae* de Paulo e os *libri digestorum*. A ordem destas obras é, na primeira parte, a do Edito Perpétuo; na segunda, que se pode considerar como um apêndice à primeira, as matérias se sucedem da seguinte maneira: — sucessão intestada civil, *lex Cincia,* que proíbe a doação entre cônjuges, doação *mortis causa, lex Falcídia* que proíbe ao testador legar mais de três quartos do seu patrimônio, *postliminium* e *lex Cornelia* que regulam a condição dos cativos, manumissão *mortis causa, lex Aelia Sentia* a respeito das manumissões, adoção ou *patria potestas* em geral, *lex Iulia et Papia* que é a que se conhece sob o nome de *lex Iulia de maritandis ordinibus, iudicia publica,* apelação, *ius fisci et populi,* direito militar com os privilégios dos veteranos e o pecúlio castrense, *lex Aquilia* que regula a responsabilidade nos danos culposos extracontratuais, *lex Rhodia* relativa ao transporte marítimo, e finalmente, algumas matérias, cuja determinação é difícil, dada a escassez dos fragmentos conservados.

Escreveram *libri digestorum* Aristão, Celso, Juliano, Marcelo, Q. Cervídio Scévola, e talvez Ulpiano e Marciano. Escreveram *libri pandectarum* Ulpiano e Modestino.

Aristão — Dêste jurista, ainda em atividade no primeiro decênio do II século d. C., se conserva entre outras uma citação de Paulo que diz: — ... *Nerva et Cato* (*Capito?*) *responderunt, ut est relatum apud Sextum Pomponium digestorum ab Aristone libro quinto: ibidem Aristoni consensit* [1]. Discutem os historiadores do direito romano qual seja o autor da obra assim referida. Mommsen pensa, de conformidade com a acepção do título *digesta,* que o seu autor Pompônio, teria redigido uma obra com os escritos de Aristão; Pernice, ao invés, sustenta que a citação indica uma obra redigida pelo mesmo Aristão e citada por Paulo através de Pompônio, o qual talvez a tenha comentado ou publicado. A verdade é que, como se deduz da referência acima feita o escrito aceitava opiniões de vários juristas e compreendia pelo menos cinco livros.

---

1. D. 24, 3, 44 pr. Paul.

CELSO — De *Juventius Celsus,* filho, a Compilação de Justiniano utilizou diretamente tão sòmente os *XXXIX libri digestorum.* Em geral contêm casos jurídicos, examinados analìticamente sob todos os aspectos, e também respostas do próprio Celso. A primeira parte editada chega até o livro vigésimo sétimo. A obra é citada por Pompônio, Meciano, Ulpiano e Marciano. Dela já conhecemos a resposta celsina. Na realidade, Celso é célebre como jurista de grande acuidade e de lógica rigorosa, e como também pela sua aspereza de modos: — *ridiculum, ineptum* parecem suas palavras preferidas[1].

JULIANO — Os *libri digestorum* de Sálvio Juliano podem considerar-se como a exposição mais completa do direito privado e a que assinala o ápice da elaboração científica do direito clássico. A primeira parte compreende cinqüenta e oito livros; a segunda constitui um comentário aos institutos muitas vêzes tratados no apêndice dos *libri digestorum.* Mommsen negou à obra o caráter de comentário ao Edito e pensou encontrar nela o tipo dos *libri quaestionum;* mas, pela utilização que dela fazem os juristas posteriores e, especialmente Ulpiano, se pode argumentar que a exposição dogmática e o comentário às palavras do Edito eram largamente feitos. É que os Compiladores justinianeus, para a sua obra legislativa tiraram de Juliano sòmente as passagens mais adaptadas à prática, uma vez que se serviram para os comentários aos editos das obras mais recentes de Paulo e de Ulpiano. Os *Digesta* foram redigidos lá por 140 d. C. e embora contenham relativamente poucas citações de juristas anteriores, pode dizer-se que aproveitam largamente a antiga literatura. A obra é citada por muitos juristas e foi anotada também por Mauriciano, Marcelo, Paulo. Particular interessante, a denunciar provàvelmente um antagonismo pessoal, além do de escola, é que Juliano e Celso jamais se citam um ao outro.

MARCÉLO — Os *XXXIX libri digestorum,* a obra principal de Úlpio Marcelo, foram escritos sob Marco Aurélio e Lúcio Vero. Na compilação foram utilizados ao lado dos *libri digestorum* de Celso, pois constam do mesmo número de livros e naturalmente seguem a mesma ordem. A exposição é em parte casuística e em parte dogmática; levam-se em consideração opiniões de muitos juristas anteriores e são referidos decretos e rescritos imperiais. Mas prevalece o material de Marcelo, que talvez visasse escrever uma obra complementar aos comentários anteriores. Os casos discutidos provêm em parte de *quaestiones* e de *epistulae,* cuja forma algumas vêzes também mantêm. Q. Cervídio Scévola e Ulpiano escreveram anotações à obra.

SCÉVOLA — Dos *XL libri digestorum* de Scévola ja se falou por ocasião da sua relação com os *VI libri responsorum* do mesmo. Agora observamos que a obra contém tão sòmente material do autor e apenas três vêzes reproduz rescritos imperiais. As perguntas versam muitas vêzes sôbre casos jurídicos passados nas províncias e algumas são formu-

---

1. D. 41, 2, 18, 1 Cels.; D. 28, 5, 60, 1 Cels.; Plinius, Epist. VI, 5, 4.

ladas em grego; daí não só se conclui que Scévola trabalhou na província, mas que também era muito procurado como respondente.

Ulpiano — Desconhecido é o conteúdo da obra *biblía déka pandécton* e da sua relação com o *liber singularis pandectarum*. Dêste último, não enumerado no Índice Florentino, a compilação conserva dois fragmentos, um dos quais menciona uma constituição de Caracala. Ulpiano, além disso, é indicado como autor de *libri digestorum* em dois fragmentos nos quais a inscrição deve ser corrigida para *Iulianus;* igualmente deve ser corrigida para *Marcellus* uma outra inscrição onde *Marcianus* aparece como autor de *libri digestorum*.

Modestino — Os *XII libri pandectarum* eram, como as outras obras de Modestino, destinados ao ensinamento e à prática. Foram redigidos depois da morte de Caracala e não seguem a ordem do Edito Perpétuo. Citam sòmente Juliano, por duas vêzes.

§ 157 — Comentários ad edictum.

A compilação juliana, que tomou o nome de *Edictum Perpetuum* em um nôvo sentido e em oposição a todos os editos precedentes, não chegou até nós diretamente, mas suas linhas fundamentais podem ser reconstruídas, quer com base nos *digesta* de Juliano, quer sobretudo nos comentários *ad edictum* de Gaio, de Paulo e de Ulpiano. De tal reconstrução se deduz que todo o material edital se dividia em quatro grandes partes: — uma primeira introdutiva referente ao processo, desde o início até a concessão do *iudicium;* uma segunda, dedicada ao procedimento ordinário; uma terceira na qual se reúnem procedimentos ordinários e sumários, uma quarta referente à execução e às ações de nulidade. Seguia-se um apêndice e enfim o edito edilício. O todo se subdividia em títulos, designados por rubricas e provàvelmente numerados, em cada um dos quais eram talvez agrupados editos e fórmulas sob rúbricas especiais. A reconstituição do edito com auxílio dos fragmentos esparsos nas Pandectas foi tentada por muitos doutos e estudiosos; a mais recente e fundamental é a de Lenel, *Das edictum perpetuum* (1. ed. 1883; 3, ed. 1927).

Antes de receber, por obra de Sálvio Juliano, a sua forma definitiva, o edito foi objeto de estudos e comentários; já mencionamos o muito breve de Sérvio Sulpício *ad Brutum* em dois livros; e o mais extenso e completo de Aulo Ofílio no período republicano. Escreveram comentários ao edito do pretor urbano ou do pretor peregrino ou dos edis curues ou dos magistrados provinciais ou também cumulativamente a dois ou mais dêstes editos os seguintes juristas: — Labeão, Masúrio Sabino, Célio Sabino, Pédio, Pompônio, Gaio, Calístrato, Paulo, Ulpiano e Fúrio Antino. Duvidosos são os comentários de Viviano, Pláucio, Fábio Mela, Justiniano e Saturnino. Já vimos, porém, que muitas obras dos tipos já examinados seguem a ordem do edito. Aqui, ademais, se consideram uma por uma as obras com o título de *libri ad edictum*.

Labeão — Dêste jurista Ulpiano menciona uma opinião contida no livro trigésimo *ad edictum praetoris peregrini* e outra ti-

tirada do livro primeiro *ad edictum praetoris urbani*. Não é pacífico o ponto de saber se a primeira obra era distinta da segunda; Pernice considera corrompida a citação do comentário ao edito do pretor peregrino, provàvelmente porque o edito então não fôra ainda codificado. Mas esta é uma razão suficiente para negar-se que, na sua vasta produção, tenha Labeão escrito dois comentários distintos, como a seguir fará Gaio; mesmo porque lògicamente se deveria negar a existência também, de outro comentário ao edito do pretor urbano. É certo que de uma ou de outra obra se tiraram numerosas referências às doutrinas de Labeão feitas pelos posteriores comentadores do edito, especialmente por Ulpiano e Paulo; e a elas se podem referir a maior parte das citações de Labeão sem indicação da obra. Gélio (13, 10, 3) diz-nos que Labeão *in libris quos ad praetoris edictum scripsit, multa posuit partim lepide atque argute reperta*. Labeão é considerado como um inovador no campo da ciência do direito. Bastará recordar aqui o *ius tollendi*, admitido por Labeão e pela escola, contra a disposição da Lei das XII Tábuas *tignum iunctum aedibus ne solvito*. Baseando-se em outra citação de Ulpiano, pensa P. Krüger que Labeão talvez tenha comentado também o edito dos edis curues, magistrados aos quais era confiada a vigilância dos mercados, com jurisdição sôbre as controvérsias nascidas nos mesmos mercados.

MASÚRIO SABINO — A obra dêste jurisconsulto, chefe da escola que dêle tomou o nome, é um comentário *ad edictum praetoris urbani*. É citada sòmente uma vez com o título e com indicação de um livro quinto.

CÉLIO SABINO — que foi cônsul em 69 d. C., escreveu um comentário *ad edictum aedilium curulium*, segundo dá notícia Gélio, e que foi utilizado pelos juristas, especialmente por Ulpiano. O edito dos edis curues referia-se à compra e venda de escravos e de animais, como também — dadas as funções de polícia dos edis — de animais perigosos e funerais. Pelas referências de outros juristas sabemos que Célio Sabino precisava no seu escrito o conceito de *morbus*, as doenças e os vícios que davam lugar à ação redibitória na compra e venda, o valor da expressão *servus fugitivus* e questões semelhantes da competência dos edis. Pompônio no parágrafo 53 diz que êste jurista sucedeu a Cássio na direção da escola Sabiniana e teve grande nomeada durante o reinado de Vespasiano.

PÉDIO — escreveu um comentário ao edito depois de sua codificação por Adriano. No livro 25 tratava da *bonorum possessio*. A obra foi utilizada por Paulo e por Ulpiano. Entre as doutrinas de Pédio merece particular consideração a doutrina fundamental a respeito da *conventio* referida em D. 2, 14, 1, 3 (Ulpiano IV ad edictum) *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens de quibus negotiis contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt . . . adeo autem conventionis nomen generale est ut eleganter dicat Pedius, nullum esse contractum nullam obligationem quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat; nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est.*

O texto é muito interpolado. A razão da interpolação é que nesse passo tiveram de ser suprimidos todos os tipos de negócios solenes que haviam caído em desuso ou haviam sido abolidos no período pós-clássico, i. é, *mancipatio, in iure cessio, dotis dictio, litteris obligatio.* Por isto, em lugar dos negócios solenes da época clássica os compiladores inseriram o têrmo geral *contractus.* Isto serve para explicar o teor genuíno. A doutrina do texto original reaparece clara no fim do trecho, onde se considera a *stipulatio.* Pédio formulou um princípio superior no qual se compreendiam figuras de direito do *ius civile,* do *ius gentium* e do *ius honorarium.* Ensinou que a *conventio* existe e é essencial em todos os negócios bilaterais e embora seus efeitos fôssem diversos no campo do *ius civile,* do *ius gentium* ou do *ius honorarium.* Por isto consistiria a *conventio* um elemento geral em todos os atos de comércio. Aqui encontramos pois uma formulação teórica, na qual a jurisprudência coloca o *ius honorarium* no mesmo plano do *ius civile.* A *conventio* tornar-se-á a seguir o elemento essencial de todos os atos jurídicos bilaterais que na compilação de Justiniano aparecem tendo o mesmo fundamento convencional. Com efeito, desaparecidas as formas solenes do *ius civile;* elevadas as relações protegidas pelo pretor, com simples *exceptio,* à dignidade de figuras de direito protegidas por ações, todos os negócios deviam parecer iguais, fundados na *conventio* e com os mesmos efeitos.

POMPÔNIO — Os *libri ad edictum* de Pompônio os conhecemos sòmente através das referências dos juristas posteriores. No livro 83 o jurista tratava um assunto que nos seus comentários *ad edictum,* de oitenta e um livros, se ultima no livro trinta e seis; donde se deduz que a obra de Pompônio devia ter no mínimo cento e cinqüenta livros. O jurista considera amplamente a literatura precedente, seguindo a ordem do edito de Adriano. A obra é certamente mais recente que os *digesta* de Juliano.

GAIO — escreveu um comentário *ad edictum praetoris urbani* sob Antonino Pio. Desta obra chegaram até Justiniano dez livros, cujos fragmentos se reproduzem no Digesto com a indicação da rubrica. Em outro escrito Gaio comenta o edito do magistrado provincial, *ad edictum provinciale libri XXXII,* dos quais os dois últimos consideram o edito dos edis curues. Alguns sustentam que o título desta obra é posterior, baseando-se em que não há nela nem nas Institutas de Gaio vestígios de disposições especiais do edito provincial, que teria sido abolido por Augusto (Dion. Cass. 54, 9); devemos ter presente, que o edito provincial, após a codificação de Adriano, tem substancialmente a mesma ordem e o mesmo conteúdo do edito do pretor urbano, do qual só se distingue porque o magistrado competente para conhecer das questões é o *praeses* ou o *proconsul.*

CALISTRATO — *ad edictum monitorium libri VI* contém um breve escrito sôbre o edito perpétuo, no qual prevalece a exposição dogmática. Parece que o *edictum monitorium* compreendia os editos

especiais e as partes do edito geral relativas à ordem do juízo e consistentes em admoestações para preparar as fórmulas das ações e evitar os danos aos litigantes.

PAULO — *ad edictum libri LXXX*. Os últimos dois livros são um comentário ao edito dos edis curues. A obra contém não só uma interpretação de cada uma das partes do edito, como também uma livre exposição do direito pretoriano segundo a ordem edital. A cada capítulo Paulo faz introduções gerais a respeito das respectivas doutrinas, como p. ex. a respeito da constituição e da dissolução do matrimônio; da constituição do dote, no livro 35; da tutela, no livro 38; da manumissão, no livro 50; da posse e do usucapião, no livro 54; da estipulação, no livro 72. Falta a parte relativa aos testamentos e legados, talvez por lá já amplamente desenvolvida por Paulo nos seus *libri ad Sabinum*. O jurista, que redigiu o comentário sob Cômodo (180-192), mostra dominar a literatura anterior, da qual todavia são relativamente poucas as citações. É estranho que, no comentário ao edito edilício, não se utilize o comentário de Célio Sabino, fundamental na matéria.

ULPIANO — Os *LXXXIII libri ad edictum praetoris*, ordinàriamente chamados *ad edictum*, são, depois da de Pompônio, a mais extensa obra de comentário ao edito que conhecemos. Nos outros libri *ad edictum*, Ulpiano procede diferentemente expondo e explicando muitas vêzes os vários pontos do edito, cada uma das fórmulas, frase por frase, palavra por palavra. No início de cada capítulo há uma breve introdução; só a anteposta à *querela inofficiosi testamenti* é mais ampla e difusa, provàvelmente porque o instituto não fôra examinado por Ulpiano nos *libri ad Sabinum*. Fontes principais de Ulpiano são Pédio, os *Digesta* de Juliano, Celso, Marcelo, como também as *quaestiones* e os *responsa* de Papiniano; a literatura jurídica é largamente apreciada tanto de modo direto como de segunda mão. É exagerado afirmar que Ulpiano outra coisa não fêz senão copiar, o mais das vêzes, inteiros trechos dos autores precedentes, e sobretudo de Pompônic, realizando tão sòmente um trabalho de mosaico. Leu também outros autores e cita-os diretamente; e se é escassa a sua contribuição pessoal, também se não pode negar que os ricos materiais tirados das obras mais antigas foram por êle coordenados e depois hàbilmente reduzidos à unidade. A obra foi redigida sob Caracala, mas houve várias edições dela. Os últimos dois livros são um comentário ao edito dos edis curues, cuja fonte principal é Célio Sabino.

FÚRIO ANTIANO — Do comentário dêste jurista, que se situa geralmente na época de Alexandre Severo, possuiam os justinianeus sòmente cinco livros. A compilação transcreve três fragmentos extraídos do livro primeiro.

§ 158 — Comentários, epítomes, resumos de obras mais antigos.

Os juristas romanos, na elaboração de suas doutrinas, procedem geralmente atendendo-se, quanto possível, à tradição, no sentido em que

tôda doutrina, mesmo aparentemente revolucionária, encontra fundamento em um jurisconsulto anterior e é adotada às vêzes, por juristas posteriores, que mediante uma obra lenta e progressiva, adaptam as suas soluções às novas exigências da vida.

Êste aspecto intrínseco vai de par com o extrínseco e formal, nas obras dos jurisconsultos romanos, pois, atêm-se a modelos anteriores, seguindo-lhes umas vêzes e aperfeiçoando-lhes as doutrinas; delas discordando, outras, pois, por seu lado elas se prendem a doutrinas mais antigas, êles as desenvolvem em diversos sentidos, baseiam-se-lhes na autoridade, citam-nas, transcrevem-lhes as palavras textualmente.

Êste característico exterior se encontra em quase todos os tipos de obras jurídicas clássicas; naturalmente é mais acentuado nos epítomes, nas coleções de obras mais vastas de outros juristas, nas resultantes da compilação de doutrinas alheias. Mormente se manifesta nos títulos de cada obra, *libri ad......*, *libri ex......* (com o nome do jurista comentado, epitomado, ou com a indicação particular de sua obra). Examinaremos a seguir tal tipo de obras, advertindo que para cada uma delas surgem questões particulares, às quais logo aludiremos.

(a) *Libri ad Quintum Mucium.*

Sabemos que o jurista republicano é autor de *XXXVIII libri iuris civilis,* obra que imprimiu nôvo rumo à ciência jurídica romana, porque representa a primeira tentativa para ordenar sistemàticamente o *ius civile.* Constituiu o ponto de partida das construções sistemáticas posteriores e foi objeto de comentário por parte de juristas do II e do III século, i. é, Gaio, Lélio Felix, Pompônio e talvez também Modestino.

GAIO — O comentário dêste jurista à obra de Quinto Múcio nos é conhecido ùnicamente pela citação contida nas Institutas do mesmo Gaio (Gai. 1, 188): — ...*nam de ea re* (*scilicet de generibus tutelarum*) *valde veteres dubitaverunt, nosque diligentius hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione et his libris quos ex Q. Mucius fecimus.* Sustentou que foi tirada desta obra uma citação de Gaio, que se encontra em um fragmento dos comentários de Pompônio ao mesmo Q. Múcio (D. 45, 3, 39 Pomp. 2 ad Q. Muc.); mas é mais provável que a citação seja espúria.

LÉLIO FELIX — Dêste jurista, que viveu sob Adriano, Gélio, o gramático do II século, menciona algumas opiniões contidas no *libro primo ad Q. Mucium.* Da obra não temos ulteriores citações.

POMPÔNIO — Os *XXXIX libri* de Pompônio *ad Quintum Mucium* foram escritos sob Antonino Pio e contêm uma ampla elaboração do direito civil segundo a ordem de Múcio. Mais que o texto, a obra segue o sistema de Quinto Múcio; todavia muitas vêzes êste jurista é citado e comenta-se-lhes as palavras. Mas geralmente o comentário crítico e explicativo da obra do jurista antigo quase é sobrepujado por amplas

digressões, de modo a ser o texto de Múcio sòmente o ponto de partida para um largo desenvolvimento de cada uma das doutrinas. Por outro lado, clara é a exposição e oportuna a escolha das numerosas analogias. Bastante pura é a liguagem, deturpada porém por não poucas interpolações.

MODESTINO — É hoje opinião comum que se não pode presumir a existência de uma obra de Modestino *ad Quintum Mucium* pelo único fato de se encontrar no D. 41, 1, 53 e 54 repetida a inscrição *idem ad Quintum Mucium*, que pela atual posição das passagens se refere exatamente a Modestino. E na verdade, enquanto no *Index Florentinus* não se encontra vestígio, os livros citados pelos compiladores seriam o XIV e o XXXI, de maneira que se deveria atribuir ao comentário do discípulo de Ulpiano extensão quase idêntica à de Pompônio. Nem se pode deixar de dizer que Q. Múcio é mencionado por Modestino uma única vez. Demais disso fàcilmente se explica a origèm do êrro. O fragmento 50 eod. foi tirado do livro VI *ex Plautio* de Pompônio. De início deviam seguir tal passagem os outros dois trechos tirados do comentário do mesmo autor *ad Quintum Mucium*, com a inscrição que ainda hoje trazem. Inseridos, porém, após o fragmento de Celso (51) e após o de Modestino (52) entre a passagem *ex Plauti* e o primeiro dos fragmentos *ad Quintum Mucium* de Pompônio (53), não procuraram os compiladores trocar neste último a inscrição.

(b) *Libri ad Sabinum*

De Masúrio Sabino, já mencionado como autor de *libri responsorum* e de um comentário *ad edictum praetoris urbani*, a obra mais conhecida são os três livros *iuris civilis*. O *index Florentinus* enumera-os entre as obras utilizadas pela compilação, mas nesta não encontramos nenhum fragmento seu. O escrito é importante para a história da literatura jurídica romana por ter servido de base aos extensos comentários ao *ius civile* de Pompônio, de Paulo e de Ulpiano, que exatamente se intitulam *libri ad Sabinum* ou *ex Sabino* e lhe seguem o sistema. Dêstes comentários se deduz a ordem adotada por Sabino, que era a seguinte: — testamento com adição da herança e deserdação, *testamentum ruptum* ou *irritum* pela sobrevivência de *heredes sui* ou revogação, sucessão intestada e herança dos libertos, legados, *patria potestas*, adoção e emancipação; escravos manumitidos por testamento, sob condição; prestações do liberto ao *patronus* (*operae libertorum*); *traditio*; venda com a *duplae stipulatio* (i. é, a estipulação do vendedor, que teria dado um preço dobrado ao comprador no caso de ter êste sofrido a evicção), sociedade, com ações divisórias relativas à comunhão hereditária (*actio familiae erciscundae*) e à comunhão em geral (*actio communi dividundo*); dote; tutela; furto; *lex Aquilia* relativa à culpa extra-contratual, *damnum infectum* (ainda não verificado) referente à respectiva caução e à eventual *missio in possessionem* na coisa ameaçada, do réu, injúria, pagamento e ações referentes ao enriquecimento ilícito, edito edilício (considerado no *ius civile*, talvez em relação à circunstância de

se obrigarem os argentários, i. é, os banqueiros mediante um contrato literal de direito civil); *operis novi nuntiatio* (denúncia de obra nova); *stipulatio; acceptilatio; rei vindicatio;* institutos e relações várias em matéria de águas; fiança; *postliminium*. Os comentadores autores dos *libri ad Sabinum* seguem exatamente êste sistema. As palavras de Sabino são raramente levadas em conta e também aqui, de preferência às suas opiniões tem presente o comentador a ordem da sua exposição, de modo que êstes comentários, como em definitivo os *ad Quintum Mucium*, podem considerar-se como obras independentes, de direito civil.

POMPÔNIO — Depois da codificação do Edito Perpétuo, foram escritos os 35 ou 36 livros de Pompônio *ad Sabinum*. Ulpiano cita-os como *libri ex Sabino*, os juristas justinianeus chamam-lhes *ad Sabinum*. Sabino é citado aqui e ali, na mesma medida que os demais juristas, e por isto não estamos autorizados a atribuir, onde falta tal citação, a proposição jurídica ao próprio Sabino, a não ser que haja outro elemento.

PAULO — Também os XVI livros de Paulo *ad Sabinum* não são um comentário à passagem de Sabino, mas uma exposição geral do *ius civile*, para a qual Paulo se vale de Sabino, como dos outros juristas. A fonte principal de tal trabalho foi a obra de Pompônio; mas se utilisa também Juliano, Africano, Marcelo e Scévola. Provàvelmente a obra foi redigida em época posterior sob Severo, porque nela não se consideram as *quaestiones* de Papiniano.

ULPIANO — *Os LI libri ad Masurium Sabinum* são a mais ampla exposição do *ius civile*, segundo o sistema de Sabino. Como nos comentários ao edito do mesmo Ulpiano, a literatura jurídica precedente é levada em conta em larga escala; são mais freqüentemente utilizados os *Digesta de Juliano*, os livros de Pompônio *ad Sabinum* e a obra de Labeão e de Cássio. Como nos livros de Pompônio *ad Sabinum*, as opiniões de Sabino são citadas e julgadas do mesmo modo que as dos demais juristas; muitas vêzes Sabino é nomeado juntamente com outros. De outro lado, na obra se encontram passagens nas quais Ulpiano expõe proposições alheias ou a elas faz referências; mas nem sempre tais proposições podem atribuir-se a Sabino. Justiniano atesta-nos que os antigos fizeram uma segunda edição da obra. Um comentário grego aos *libri ad Sabinum* de Ulpiano foi redigido antes da compilação justinianéia e foi descoberto em 1880 na biblioteca do convento sito no monte Sinai (*Scholia Sinaitica*).

(c) *Libri ex Plautio*.

Plautio, jurisconsulto que viveu nos tempos de Trajano, foi autor de uma obra que teve em Roma grandíssima acolhida; tanto assim, que foi comentada por vários jurisconsultos insignes: Nerácio, Javoleno, Pompônio e Paulo. Dos comentários dêstes três últimos juristas temos muitos fragmentos nas Pandectas. Já se sustentou que a obra de Plautio era uma coleção de respostas. Por outros, ao invés, foi contraposta à obra

de Sabino, porque em lugar do *ius civile* teria tratado do *ius honorarium*. No comentário de Paulo, do qual a compilação nos conservou largos vestígios, em algumas passagens o texto de Pláutio se distingue do de Paulo, porque à contribuição de cada um é anteposta a inscrição do autor. Alguns sustentam que a ordem destas reelaborações corresponde à dos *pithana* de Labeão, outros, pelo contrário, que pelo menos o comentário de Paulo segue o sistema do Edito Perpétuo. O comentário de Pompônio compreende sete livros, o de Javoleno cinco, o de Paulo dezessete.

Aqui se podem lembrar além de outros, os *libri ex Cassio* redigidos por Javoleno, os *libri ad Minicium* e os *ad Urseium* redigidos por Juliano; os *libri ad Vitellium* escrito por Sabino e depois também por Paulo; os *libri ad Neratium* de Paulo; os *libri posteriores* (póstumos) de Labeão, epitomados por Javoleno; os digestos de Alfeno, que já vimos como conservados em dois epítomes; os *libri ex Viviano* citados na *Collatio legum Mosaicarum et Romanorum* (Coll. 12, 7, 8).

§ 159 — Obras anotadas e novas edições

É fora de dúvida que a atividade dos juristas romanos, no concernente à anotação das obras dos seus predecessores, constitui um aspecto relevante da produção jurídica da época clássica.

Com efeito, às anotações em geral se pode prender todo escrito que de qualquer modo se refira ao estudo de outro jurista, desde o puro e simples acréscimo explicativo até o verdadeiro comentário, que por tamanho e conteúdo supera algumas vêzes o texto original. É, de outro modo, através de tais notas e comentários que podemos muitas vêzes conhecer as fases do desenvolvimento de normas e de institutos fundamentais ou fixar as divergências de doutrina da jurisprudência romana, que constituem, em definitivo, um dos aspectos mais salientes do desenvolvimento do sistema clássico.

Percorrendo o índice que se encontra em apêndice à *Palingenesia* de Lenel, encontramos grande número de juristas que anotaram obras de predecessores, ou cujas obras foram anotadas por juristas posteriores; dos Digestos são relativamente numerosos os textos que conservam ou referem anotações.

Em tal sentido o têrmo *notare* é técnico. Pode encontrar-se após o fragmento originário como inscrição à nota, precedido do nome do jurista anotador; mais freqüentemente nas inscrições falta completamente o verbo *notat* e precede à anotação tão sòmente o nome do jurista anotador.

O verbo *notare* aparece no contexto dos fragmentos, quando a nota é referida por um jurista posterior ao anotador, quer a tenha visto diretamente, quer dela tenha tido conhecimento indireto; algumas vêzes os juristas, em primeira pessoa, aludem à sua atividade de anotadores. Comumente a referência aparece com a locução *notare apud*; todavia, o verbo é também empregado sem a indicação da obra ou mesmo do juris-

consulto que é seu autor, cujo nome então é preciso buscar pela exposição anterior. Êste significado de *notare* por vêzes coincide com o outro, de repreender, reprovar, i. é, criticar, corrigir; caso em que é possível pelo próprio verbo, ter notícia da existência de uma nota e também do seu conteúdo crítico.

Ao publicar ou reeditar obras precedentes, os jurisconsultos romanos costumam apor ao texto anotações de caráter interpretativo ou crítico, acréscimos que visam esclarecer qualquer ponto de decisão originária ou a pôr em evidência a parte substancial. Entram nesta categoria as notas de Marcelo, de Q. Cervídio Scévola, e de Paulo aos *digesta* de Juliano; as notas de Marcelo ao *liber singularis regularum* de Pompônio; as de Ulpiano aos *digesta* de Marcelo; de Paulo, Ulpiano e Marciano à obra de Papiniano. Podem recordar-se aqui também as notas escritas por Juliano, ao reeditar os *libri ad Urseium Ferocem,* as anotações de Próculo a Labeão, as obras de Paulo *ad Neratium* e *ad Plautium* a que se aludiu há pouco. É possível que como sustenta Schultz, alguns de tais corpos de anotações fôssem, na origem, independentes do manuscrito que comentavem.

Também nas obras da jurisprudência clássica que nos foram conservadas mediante resumos de juristas posteriores, acrescentam-se observações do epitomador. Estas podem assumir a característica externa das notas, como acontece nos *Pithana*, epitomados por Paulo, mas se apresentam também fundidas com o texto antigo resumido, de modo que difícil se torna ao intérprete distinguir a doutrina antiga da acrescentada pelo epitomador. Devem ser mencionadas entre estas obras os *digesta* de Alfeno Varo, a que muitas vêzes se aludiu, epitomados por Paulo; os livros de Javoleno *ex posterioribus Labeonis e ex Cassio;* os livros de Paulo *ad Vitellium* e a obra de Pompônio *ex Plautio*.

§ 160 — **Outras obras.**

Examinamos cada um dos tipos de obras da jurisprudência romana. Poder-se-lhes-iam acrescentar os comentários a cada lei e a cada senatusconsulto, as monografias a respeito de cada parte do direito, as coleções de decisões imperiais, obras sôbre o direito público, o direito militar, o direito penal e assim por diante Mas cada um dêstes escritos apresenta problemas particulares, que os estudiosos poderão aprofundar mediante estudo especial de cada obra.

§ 161 — **Restos da jurisprudência clássica.**

A parte mais relevante das obras atrás examinadas nos foi conservada através da compilação de Justiniano, da qual trataremos no capítulo seguinte.

Uma série porém, de escritos dos juristas romanos chegou até nós, independentemente da compilação bizantina. Trata-se, geralmente, de

manuscritos do período pós-clássico, que por circunstâncias fortuitas as possuímos na redação do tempo.

Dêstes manuscritos já conhecemos as Institutas e o Epítome de Gaio, e o da coleção feita por Justiniano.

VATICANA FRAGMENTA. — Encontrou-os o Cardeal Angelo Mai em 1821, em um palimpsesto da Biblioteca Vaticana (nr. 5766). É uma coleção de fragmentos de obras de juristas e de constituições imperiais, cujo autor e cujo título nos são desconhecidos, e certamente destinada à prática. Sendo compilação particular, os textos são de forma bastante genuína, mas com freqüentes mutilações e com alterações aqui e acolá determinadas pela prática do tempo. A coleção provém do Ocidente e foi feita, segundo Mommsen, em 320, sob Constantino. Os trechos são tirados das obras de Papiniano, Ulpiano e Paulo, dos rescritos imperiais, que vão de Severo a Caracala (205) a Valentiniano, Valente e Graciano (372 d. C.). A melhor edição dos Vat. Frag. é feita por Seckel e Kuebler.

COLLATIO LEGUM MOSAICARUM ET ROMANARUM. — É uma obra na qual o autor, mui provàvelmente judeu, procura demonstrar como as normas do direito romano derivam do Pentateuco, mostrando a coincidência das disposições do Velho Testamento com as passagens tiradas de bons exemplares das obras de Gaio, Papiniano, Ulpiano, Paulo, Modestino e dos Códigos Gregoriano e Hermogeniano, como também de uma constituição de Teodósio de 390. A compilação foi feita seguramente no ocidente. A melhor edição é a de Mommsen, de 1890.

CONSULTATIO VETERIS CUIUSDAM JURISCONSULTI. — Assim lhe chamou Cujácio a uma coleção de pareceres encontrados em um manuscrito publicado em 1577. Trata-se de respostas dadas por um cultor do direito a pessoas interessadas. A obra foi redigida provàvelmente pelos fins do século V ou princípios do VI.

Com relação aos outros vestígios menores, como os *Scholia Sinaitica*, as *Leges saeculares* (livro de direito sírio-romano), os *Responsa* de Papiniano e outros fragmentos mais breves ainda, remetemos o leitor ao II volume das *Fontes ius romani anteiustiniani* (2.ª ed., Barbera, Firenze, 1941) que os contém todos precedidos da correspondente bibliografia.

Capítulo IV

A CODIFICAÇÃO DE JUSTINIANO.

§ 162 — Generalidades.

Justiniano subiu ao trono do Império Romano do Oriente, em Constantinopla, em 1.º de agôsto de 527. Nascera em *Tauresium*, nos arredores da moderna Uskub, na Ásia Menor, de pais modestos, camponeses. Fôra adotado pelo Imperador Justino, seu tio, também filho de um camponês, e designado seu sucessor ao trono. Justiniano conseguiu aniquilar o reino dos Vândalos, na África, e o dos Ostrogôdos, na Itália. Êstes êxitos felizes de sua política exterior foram superados de muito pela fama imperecedoura que conquistou graças à sua grande obra legislativa. O *Corpus Iuris,* como Dionísio Godofredo, no século XVI, chamou ao conjunto formado pelas Institutas, Digesto, Código e Novelas, está ligado para sempre ao nome de Justiniano. O imperador teve particular interêsse pela jurisprudência; a ela dedicou tôdas suas fôrças, até o fim. Na sua obra legislativa foi apoiado pelo Chanceler Triboniano, cuja capacidade e erudição jamais se cansa de louvar. O mesmo imperador diz que sua mulher, a famosa Teodora, não deixou de influir na legislação [1] e isto se pode também deduzir de muitos lugares de suas leis, nas quais procura melhorar a condição jurídica da mulher e da espôsa, sendo por isso Justiniano chamado *legislator uxoris*. Segundo Procópio, autor de uma obrazinha intitulada *Historia arcana,* Teodora era filha de um artista de circo domador de ursos. Bem jovem pisou o tablado, onde obteve grande êxito pelas suas qualidades de dançarina belíssima. Moça, levava vida muito dissoluta, a ponto de se dizer que Messalina, comparada com ela, pareceria uma virtuosa matrona. Mais tarde conquistou o afeto do jovem Justiniano, e depois de êste ter obtido, do tio Justino, a abrogação da proibição, sancionada por leis de Augusto, do matrimônio de senador com bailarina, (a constituição é conservada no C. 5, 4, 23 de 520-523), a desposou. Ùltimamente se levantaram dúvidas sôbre as notícias de Procópio, que certamente parecem exageradas; por outro lado é preciso render homenagem a esta mulher, eternizada no mosaico de Ravena, que aparece, pela fôrça do seu caráter, particularmente volun-

1. Aliás, desde a idade republicana, algumas mulheres se ocuparam do direito. Provàvelmente o título da comédia de Titínio, *iurisperita*, punha em ridículo a mulher advogada; Terência, mulher de Cícero, ocupou-se mais da *res publica* que do fogão.

tariosa. Com efeito, numa sedição verificada em 532, na qual Justiniano, juntamente com seus conselheiros, decidira escapar pela fuga, Teodora, opondo-se à decisão do imperador, declarou que se devia depor a púrpura sòmente com a morte, e que o trono valia bem como sepultura. Com tal resolução salvou a coroa do marido.

§ 163 — A coleção das constituições imperiais (Codex) e a dos escritos dos juristas (Digesta).

Já no segundo ano de govêrno, Justiniano deu início à sua obra legislativa. Em 13 de fevereiro de 528, com a constituição *Haec quae necessario,* que precede à edição do *Codex,* encarregou uma comissão de dez homens, entre os quais já se encontrava Triboniano, então *magister officiorum,* e Teófilo, professor de direito da Universidade de Constantinopla, de elaborarem um nôvo código destinado a substituir o Gregoriano, o Hermogeniano, coleções particulares de constituições, e o código Teodosiano de 438. A missão foi desempenhada em dois anos, e a 7 de abril de 529, com a constituição "*summa rei publicae*", o impeperador publicou o nôvo código, estabelecendo que entraria em vigor em 16 de abril de 529. Êste código não chegou até nós, pois foi mais tarde substituído por outro. Em um papiro, porém, recentemente se encontrou um índice das rubricas do título I, 11-16 que pertencia à obra.

Logo depois da composição do Código, Justiniano tomou a peito uma segunda e maior emprêsa. Na constituição *Deo auctore de conceptione Digestorum* de 15 de dezembro de 530, o imperador expôs o programa relativo às Pandectas ou Digestos. A Triboniano, que se tornara *quaestor sacri palatii,* confiou nôvo encargo: escolher os seus colaboradores entre professôres e práticos de direito e preparar uma obra que abrangesse os escritos dos antigos juristas, que tinham recebido o *ius respondendi,* procurando de modo particular que nela não houvesse nenhuma repetição nem contradição. A obra inteira devia dividir-se em cinqüenta livros e cada livro em títulos; a ordem deveria ser a já seguida pelo Código, a do edito pretoriano. Triboniano foi autorizado a fazer cancelamentos, alterações, acréscimos, como melhor lhe parecesse por estas palavras: — *si quid in veteribus non bene positum libris inveniatis vel aliquot imperfectum est, repleatis et omne opus moderatum et quam pulcherrimum ostendatis, hoc etiam nihilominus observando, ut si aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libri posuerunt, non recte scriptum inveniatis, et hoc reformetis et in ordine moderato tradatis ...* etc. O título da obra deveria ser *Digesta* ou *Pandectae.* Nenhum jurista poderia acrescentar-lhe comentários e obscurecer com suas verbosidades a brevidade da obra. Na redação foi proibido o emprêgo de abreviações e siglas; os próprios números dos livros e dos títulos deviam ser escritos com letras e não com cifras.

Triboniano escolheu como colaboradores Constantino, *comes sacrarum largitionum et magistrum scrinii libellorum sacrarumque*

cognitionum. e mais quatro professôres (Teófilo e Crátino, de Constantinopla; Doroteu e Isidoro, da Universidade de Berito) e onze advogados, que patrocinavam as causas perante a mais alta magistratura. Ao fim de três anos apenas a obra estava completa. Em 16 de dezembro de 533 foi publicada com a constituição *Tanta* ou em grego *Dedoken*, dirigida ao senado e a todos os povos. O imperador declara que haviam sido lidos dois mil livros com três milhões de linhas. A obra compreende cento e cinqüenta mil linhas e se divide em sete partes, i. é: *Prota* livro I-IV; *de iudiciis* l. V-XI; *de rebus* XII-XIX; *umbilicus* XX-XXVII; *de testamentis et legatis* XXVIII-XXXVI; a sexta parte até o livro 44 e a sétima do livro 45 ao 50.

Justiniano depois manifestou a sua grande alegria e contentamento pelo feliz êxito da obra. Fôra realizada em três anos apenas, quando se julgara que seriam necessários dez anos. Se há repetições é porque se não podiam evitar. Pelo contrário, nos Digestos não há contradições, declara Justiniano: — *contrarium aliquid in hoc codice positum nullum sibi locum vindicabit nec invenitur, si quis suptili animo diversitatis rationis excutet* (§ 15). Que haja falhas é possível, mas também justificáveis: — *multo utilius et pauca idonea effugere quam multis inutilibus homines pergravari* (§ 16). Para se conseguirem os livros condensados na obra seria preciso despender tesouros e riquezas imensas; ora cada um, pobre ou rico, pode adquirir com pouco dinheiro tôda a jurisprudência. No passado os juízes não teriam julgado segundo as leis por êles totalmente desconhecidas, mas segundo o seu arbítrio. Graças a Triboniano, agora têm à sua disposição tôdas as leis vigentes.

Concluindo, Justiniano repete a proibição de comentar as suas leis e de empregar siglas nos exemplares da obra. No caso de ser-lhes duvidoso o sentido, o próprio imperador poderá ser consultado pois só êle tem o direito de dar a exata interpretação. As Pandectas entraram em vigor a 30 de dezembro de 533.

§ 164 — A composição do Digesto — Manuscritos.

A questão referente ao modo como foi feita tão imensa e importante compilação despertou sempre o interêsse dos estudiosos. A propósito, a descoberta mais importante foi a feita por um jovem de vinte e três anos de idade, Bluhme, o qual em 1818 indicou que as obras dos juristas clássicos, escolhidas para a compilação das Pandectas, foram divididas em quatro grupos ou massas: — a primeira foi chamada por êle *massa sabiniana* porque era representada pelos *libri ad Sabinum* (*ius civile*); a segunda, *massa edital,* onde predominam os comentários *ad edictum*; a terceira *massa papiniana,* porque há predominância das *quaestiones* e dos *responsa* de Papiniano; ao quarto grupo chamou-lhe apêndice. É verossímil que a comissão, encarregada da compilação dos Digestos, se tenha dividido em três ou quatro comissões, a cada qual se atribuindo a elaboração de uma das massas. Cada comissão extraiu da sua massa os

fragmentos convenientes referentes a cada série de fragmentos, extraídos de cada massa e foi depois subordinando a cada um dos títulos da obra. Um revisor cancelou as possíveis repetições, e depois a assembléia plenária discutiu os pontos controvertidos.

F. Hoffman, na sua obra póstuma, publicada por Ivo Pfaff, funda a brevidade do tempo empregado para a feitura da Compilação como argumento principal para demonstrar como infundada a hipótese de Bluhme, a respeito da ordem e disposição dos trabalhos da Comissão. Afirma que o trabalho profícuo deve ter-se reduzido efetivamente a pouco mais de um ano, e chega à conclusão que a constituição *Tanta* (onde Justiniano declara que os fragmentos para a sua compilação foram tirados daquela ingente quantidade de volumes) contém um acervo de monstruosas mentiras, porque os compiladores teriam escolhido de fato um caminho mais fácil, servindo-se de uma edição de Ulpiano *ad edictum* e *ad Sabinum* com glosas e notas e de um número escasso de obras originais que adaptaram ao escopo visado.

E outro escritor, Ehrenzweig, conjecturou que os compiladores se utilizaram de uma compilação, que ampliaram cêrca de seis vêzes com o acréscimo de longos fragmentos e a ampliação dos já existentes, por meio do confronto com as obras originais. Esta hipótese foi retomada por Peters.

Mas tôdas essas conjecturas foram postas de parte pelos mais recentes romanistas e assim se pode afirmar que, dentro do período de três anos, os compiladores realizaram uma obra verdadeiramente admirável.

Recentemente se tentou estabelecer, com base nas constituições encontradas no Código justinianeu, a data em que cada um dos escritos dos juristas romanos teria sido escolhido. De qualquer maneira a hipótese de Bluhme recebeu brilhante confirmação após as pesquisas de Giovani Rotondi, que demonstrou ter sido o *Index Florentinus,* que antecede os Digestos, redigido pela coleção dos índices de obras atribuídas a cada massa.

É difícil explicar-se como a comissão imperial pôde executar a sua tarefa, em tão pouco tempo, em três, ou melhor, em dois anos. Pois, no princípio do terceiro ano, o trabalho principal já devia estar feito, porque se devia então começar a preparar os exemplares manuscritos; e Triboniano com os professôres Doroteu e Teófilo, no terceiro ano, já estava empenhado na redação das *Institutas*. Em geral se pensa que a obra foi compilada especialmente pelos quatro professôres e que os advogados foram chamados uma ou outra vez a fim de se decidir de um problema duvidoso ou resolver de um caso de processo prático. Ora, que quatro professôres, muito práticos, em três anos hajam podido ler e selecionar os 1600 ou 1700 livros, é bem possível. Mas novas indagações provaram que os fragmentos dos escritos dos juristas clássicos são *interpolados* em medida tão vasta, que dela se não fazia a mínima idéia alguns decênios atrás. Como é possível quatro pessoas em tão pouco tempo, terem podido fazer tantas alterações nos textos classicos? Isto provoca

sempre e novamente a suspeita de que os compiladores devem ter-se apoiado em algum trabalho anterior e tomaram como base uma crestomatia já interpolada, destinada ao ensino nas escolas de direito. Com muita perspicácia e erudição esta hipótese foi desenvolvida por um jovem e genial romanista, morto na 1.ª grande guerra, Hans Peters, o qual da circunstância de as três primeiras partes da compilacão (*prota, de iudiciis, de rebus*) serem indicadas muito sumàriamente no programa da constituição *Tanta* ou *Dedoken*, deduziu que constituiam material já elaborado pelas escolas de direito pré-justinianéias, quer com interpolações como com glosas. Muitas interpolações foram reconhecidas já no século XVI por obra de Cujácio e de Antônio Fabro. Depois a pesquisa interpolacionística parara. Em tempos mais recentes foi retomada por obra de Eisele e de Gradenwitz em 1887. A descoberta do Gaio genuíno e dos Fragmentos Vaticanos tornava possível confrontar os fragmentos das Pandectas com os textos conservados inalterados, mostrando quanto os compiladores justinianeus haviam posto em execução a faculdade concedida pelo Imperador de modificar o texto genuíno dos juristas clássicos.

Dos *Digesta* temos um manuscrito, talvez o mais precioso do mundo: *Littera Florentina*, por encontrar-se desde 1406 em Florença, e desde 1786 na Biblioteca Laurenciana; antes estava em Pisa sendo por isso chamado *Littera Pisana*. Passou para Florença depois que Pisa se rendeu aos florentinos a 26 de outubro de 1406. Por sua vez Pisa o teria recebido, segundo uma tradição infundada, de Amalfi em 1135. Pela sua perfeição foi considerado por muito tempo como um dos exemplares oficiais de Justiniano. É do século VI ou princípios do VII, mas se não pode afirmar tenha sido escrito em Bisâncio. Mommsen supõe fôsse escrito em Messina ou em Tessalônica (Salônica). Certamente os amanuenses eram gregos, como se depreende também da imperícia da ortografia latina e da divisão das sílabas no fim de cada linha.

Além do manuscrito da *Littera Florentina*, foram descobertos fragmentos de manuscritos também antigos em Nápoles e em Pommersfeld, ou conservados em papiros egípcios.

Além dêstes preciosos manuscritos existem numerosos outros, mais de 500, computados juntamente com os relativos a cada parte. Êstes manuscritos são chamados *Vulgata* (*Littera Bononiensis*) por terem sido conhecidos ou escritos lá pelos fins do século XI ou depois, no tempo dos Glosadores de Bolonha. Apresentam a particularidade de dividir os *Digestos* em três partes: — *Digestum vetus*, até o fim do livro 24, título 2, fragmento 2; *Digestum infortiatum* até o fim do livro 38; *Digestum novum* do livro 39 ao livro 50. Não se sabe se isso se fêz à-toa ou por simbolismo de números.

É interessante o que se lê no clássico português, Fr. Bernardo de Brito, sôbre o *Digesto:*

"Ordenou Justiniano o volume que em Grego se chama Pandectas, que quer dizer, leys que abração tudo, e em Latim, *Digesto*, que tanto val como cousa bem ordenada, repartido por ordem singular

as leys imperiais de seus antecessores, obra que sem lhe custar mais trabalho que a diligência de buscar os jurisconsultos, Dorotheo e Theophilo, que a fizeram, por causa de lhe herdar para cõ o mundo nome de sábio, sendo elle tão pouco, que affirmão alguns, que lia com muyta dificuldade os memoriais que lhe davão; e quero de caminho advirtir a impropriedade que hoje ha em alegar estas Pandectas, ou Digestos, pois avendose de escrever hum p. grego nesta forma n, que deo nome de Pandectas abreviado, se veyo por inadvertencia a converter nos dous ff com que ordinariamente se escreve. Governou o Imperio trinta e oito annos, e tendo mais de 80 de idade, morreu no de Cristo 566 a. que são 4524 da Creação do Mundo". — Frey Bdo. de Brito, Segunda Parte da Monarchia Lusitana, Lisboa, 1690, pags. 257.8.

§ 165 — **As Instituições Imperiais.**

A obra das Pandectas não estava ainda terminada, quando o Imperador cometeu a Triboniano, juntamente com os professôres Teófilo e Doroteu, o encargo de escreverem um manual de direito romano para os principiantes. A incumbência foi ràpidamente desempenhada, e o nôvo livro publicado em 21 de novembro de 533, i. é, antes da constituição *Tanta*, com a constituição *Imperatoriam Maiestatem* dirigida à *cupidae legum inventuti*. Devia ter fôrça de lei a partir de 30 de dezembro de 533. O título era *Institutiones seu elementa*. Os jovens deviam aprender os primeiros elementos do direito, não mais através de manuais antiquados e prolixos, mas por êste nôvo livro. Tiveram como base as Institutas de Gaio, cujo sistema de divisão em *personae, res, actiones* segue. Mas os livros se dividem em títulos. Além das Institutas de Gaio utilizaram-se as *res cotidianae* do mesmo Gaio, as Instituições de Florentino, de Ulpiano e de Marciano e os *VII libri regularum* de Ulpiano. Os fragmentos destas obras são postos uns em seguida aos outros, sem distinção ou indicação da fonte. É mérito de Ferrini ter feito uma séria palingenésia das fontes utilizadas nas Institutas justinianéias. Os compiladores bizantinos não puderam naturalmente atingir a clareza de Gaio e muito menos superá-la, mas por outro lado graças ao brilhante modêlo seguido, conseguiram preparar um precioso manual por muitos séculos empregados ùtilmente e cujo estudo ainda hoje é particularmente recomendável.

Os manuscritos que possuímos das Institutas justinianéias não são antigos, mas são numerosíssimos. Até hoje se conhecem 312. Prescindindo dos poucos fragmentos, os manuscritos mais importantes são o Bambergense e o Turinense, que remontam ao IX ou ao X século; os outros são da época dos Glosadores.

§ 166 — **O codex repetitae praelectionis.**

A primeira edição do Código justinianeu logc se tornou antiquada, porque em 530 Justiniano teve que baixar várias constituições a fim de

decidir muitas controvérsias existentes nas obras dos juristas, e de 50 destas novas Constituições foi feita uma coleção oficial. *Quinquaginta decisiones;* outras leis depois foram feitas durante a feitura dos Digestos, para adaptar as obras dos juristas ao espírito e às exigências dos novos tempos. Para integrar a primeira edição do *Codex*, Justiniano, depois da publicação dos Digestos, nomeou uma comissão para compor uma segunda edição do mesmo Código.

O nôvo Código, *repetitae praelectionis*, foi dado à luz com a constituição *Cordi* em 16 de novembro de 534, com fôrça de lei e a partir de 29 de dezembro do mesmo ano.

Os manuscritos completos do Código são bolonheses do século XII, defeituosos por causa das *inscriptiones* e *subscriptiones* e sem as constituições gregas. Não possuímos, pois, a compilação original do *Codex*, mas uma obra de recomposição mais recente. Entre os manuscritos mais antigos temos um palimpsesto veronês do século VI e o de Pistóia do século X; mas são ambos fragmentários. Dos primeiros nove livros se têm também manuscritos que remontam ao século XI; o mais correto dêstes é o de Montecassino. Pela crítica é também julgado muito importante um Epítome, que remonta ao séc. VII, oriundo de um manuscrito do século X, da Biblioteca Capitular de Perúgia, sendo chamado por isto *Summa Perusina*.

§ 167 — As Novellae.

Novellae leges são as constituições, na maioria em língua grega, baixadas por Justiniano de 535 a 564, que contêm em parte reformas fundamentais, p. ex., do direito hereditário e do direito matrimonial; mas, delas, pelo que sabemos, não foi feita nenhuma coleção oficial. Chegaram até nós várias coleções.

1) A mais antiga, do tempo de Justiniano, feita em Constantinopla por um professor de nome *Iulianus*, contem o epítome latino de 122 constituições, emitidas de 535 a 555. É conhecida pelo nome de *Epitome Iuliani*.

2) *Authenticum:* como diz o título, esta coleção (também chamada *Vulgata*) foi considerada oficial, e por conseguinte autêntica, pelos Glosadores da Escola de Bolonha. Com efeito, também esta era coleção privada, de origem talvez italiana. As constituições latinas são reproduzidas do original; as gregas, traduzidas de um texto assaz defeituoso, tornam-se em vários pontos ininteligíveis. O *Authenticum* contém 124 novelas que vão de 535 a 556.

3) Outra coleção de 168 novelas, tôda em grego, foi conhecida no ocidente no século XVI, por obra dos humanistas. Feita no oriente, talvez em Constantinopla, sob Justiniano e Tibério II (556-582), sofreu acréscimos de outras coleções.

§ 168 — Valor da Compilação justinianéia.

A obra de Justiniano realizada em apenas três anos é verdadeiramente maravilhosa, e faz honra aos gregos, mau grado os vários e graves defeitos que contém. Os erros eram inevitáveis, em face da brevidade do tempo, do plano de execução e da cultura geral da época.

Relativamente aos erros, Justiniano os desconheceu, pois apresenta a sua obra como perfeita, como um corpo unificado de leis adaptado às necessidades da prática, sem repetições, sem antinomias e elementos inúteis ou supérfluos.

Demais, é fácil descobrir repetições abundantes. Tais repetições se indicam sob o nome de *leges geminatae*, recentemente examinadas por Chiazzese. Além disso, há as chamadas *leges fugitivae* ou *erraticae*, que são as subordinadas a títulos com os quais não têm nenhuma conexão.

Das *leges geminatae* algumas figuram de propósito em vários títulos, em vista da importância do princípio que contém; e outras eram, inevitáveis, a fim de não emaranhar-se o contexto de longos fragmentos como diz o mesmo Justiniano; muitas outras devem atribuir-se a distrações dos comissários.

As contradições ou antinomias são também freqüentes, não só entre passagens contidas nas várias partes da compilação, mas também entre textos acolhidos mesmo no Digesto ou no Código, até no mesmo título ou em fragmentos consecutivos.

Os elementos arcaicos são também abundantes, não obstante todo o trabalho dos compiladores para eliminá-los, mudando têrmos, suprimindo trechos ou revestindo-os de novas formas.

O imperador adverte que foram feitas várias transformações nos textos antigos.

Proibiu, com efeito, de maneira absoluta, se confrontassem as passagens como se liam na sua obra, com as fontes genuínas, porque as promulgou dessa forma, por fôrça da sua autoridade. Aos juristas foi conferido igual valor, uma vez que cada fragmento tem fôrça de lei, como se houvesse sido ditado pelo próprio imperador. Os nomes dos juristas se conservaram nas *Inscriptiones* dos fragmentos dos Digestos com caráter puramente decorativo, como uma homenagem à antigüidade, a fim de legar aos pósteros a memória dos grandes juristas romanos. O mesmo se deve dizer quanto aos nomes dos imperadores prepostos às constituições que se encontram no Código.

Devemos observar que a compilação, como obra legislativa, era verdadeiramente pouco prática, muito volumosa, por ter sido composta a maneira de um mosaico, de trechos de vários autores e de períodos diversos enfim, porque dividida em três partes, com muitas discordâncias.

Ao contrário, tem muito valor se a considerarmos como uma antològia jurídica, i. é, como uma coleção de escritores antigos, de tôda a fina flor da jurisprudência romana. E sob êstes dois aspectos devemos considerá-la agora.

§ 169 — Interpretação do *Corpus Iuris*.

A compilação de Justiniano pode considerar-se sob dois pontos de vista diversos: — como direito ordenado pelo imperador e vigente no seu império, ou como coleção da produção científica romana e das constituições imperiais.

Os métodos de interpretação, os meios de que dispõe o intérprete são, nos dois casos, diversos, conforme vise um ou outro escopo; i. é, no caso de procurar estabelecer o significado e a importância de um trecho, considerado como disposição de lei, e no de procurar indagar o significado originário e exato do trecho, o que tinha na obra genuína do jurista; ou, se se trata de uma constituição, numa espécie particular.

Eis a razão pela qual distinguimos na compilação de Justiniano, uma dupla interpretação, exatamente de acôrdo com o sentido há pouco explicado. Resumimos os cânones que Riccobono indica para cada uma.

1) A compilação considerada como um corpo de leis. Assim considerados, o Digesto, as Institutas e o Código vigoraram de acôrdo com a vontade de Justiniano, como uma única obra, não obstante cada parte tenha sido composta e publicada em épocas diversas. As Novelas, sendo leis posteriores, têm por conseguinte preferência relativamente às outras partes, de acôrdo com o princípio *lex posterior derogat priori*.

Por onde, o caso de uma antinomia pode apresentar-se só entre textos das Institutas, do Digesto e do Código. Então a dificuldade é grave; como se resolverá a contradição existente entre os dois textos de lei? Justiniano não resolveu o problema pois, como vimos, assegura que verdadeiras antinomias não existem na compilação; antes, prevendo-as, aconselha o intérprete a indagar o conteúdo das leis. Por êste exame, diz êle, se terá presente a diversidade dos pressupostos e portanto, das decisões.

Na verdade, em muitos casos a contradição é só aparente, e então é ótimo o conselho de Justiniano. Mas outras vêzes, a sugestão do Imperador torna-se vã porque o exame agudo, sutil, põe cada vez em maior relêvo a antinomia. Neste caso, o intérprete deve afirmar, sem mais, a contradição.

A funesta tendência, que predominou até nossos dias, de procurar de qualquer modo conciliar passagens discordantes, mediante sutis exegeses, por vêzes estranhas e ridículas, deve ser reprovada. Podia-se proceder assim sòmente naqueles tempos, em que o direito romano era um direito vigente e para sua interpretação não havia subsídio histórico; hoje é um anacronismo recorrer à conciliação a fim de se harmonizarem passagens contraditórias.

Ao contrário, uma vez reconhecida a antinomia, o intérprete deve observar se outros argumentos extrínsecos determinam a preferência duma ou da outra das leis em questão. São os seguintes os critérios a serem seguidos:

a) disposição que versa o assunto *ex professo* merece preferência sôbre as demais, que se encontram no contexto, de fragmentos referentes a matérias diversas;

b) será preferida a lei colocada em *sedes materiae*, em confronto com os textos esparsos aqui e acolá inseridos provàvelmente por descuido;

c) enfim, não é proibido indagar-se se um texto contém sòmente uma notícia histórica ou, pelo contrário, exprime uma norma de direito vigente;

e) os intérpretes devem levar em conta em todos êstes casos que, de fato, nas Institutas e no Digesto principalmente se encontra, sem dúvida muito material histórico; e que quando isto de um modo ou de outro fôr certo, é conforme às boas regras de interpretação eliminá-lo a fim de se pôr em evidência a norma jurídica;

d) mas, se todos êstes meios se revelam insuficientes, o intérprete deverá escolher, dentre as várias decisões, a que melhor corresponda à índole do instituto, no sistema da compilação. Desta maneira, agirá de acôrdo com a vontade do legislador, pois, é certo que êste, onde se lhe houvesse manifestado a contradição, teria seguido o mesmo método a fim de chegar ao mesmo resultado. A regra formulada, ao contrário, pelos escritores modernos, segundo a qual, em tais casos, "os textos se eliminam recìprocamente, dando origem nêsse ponto de direito a uma lacuna a ser preenchida pelos princípios gerais" só se pode justificar històricamente; mas é inexata, porque se a compilação se considera fonte de direito vigente é exatamente o seu conteúdo que se deve levar em conta.

Na interpretação de cada lei, pois, se examinará o significado das palavras, o valor dos têrmos técnicos, como também o título a que está subordinada a lei e o nexo com as outras, precedentes e subseqüentes.

Tal nexo foi muitas vêzes criado *artificialmente* por Triboniano e nem sempre com resultado feliz. As partículas conjuntivas: — *nam, enim, sed, autem, vero, item, itaque, et ideo, ergo, immo,* no princípio de fragmentos foram muitas vêzes inseridas expressamente para coordenar um texto com outro e isto não devemos esquecê-lo.

Entre os subsídios para a interpretação das fontes justinianéias têm especial importância as obras bizantinas. Estas foram dispostas por autores contemporâneos de Justiniano e alguns dêles membros da comissão legislativa; as suas opiniões têm portanto valor de interpretação quase autêntica.

II) A compilação considerada no ponto de vista histórico. Sob esta luz o *Corpus Iuris* tem para nós o valor de uma antologia. O que importa verdadeiramente é reproduzir o significado que cada fragmento tinha na obra genuína donde foi extraído. E todos os meios, todos os conhecimentos históricos contribuem para tal escopo.

Antes de tudo, o texto deve ser examinado na conexão que tinha com o escrito do jurisconsulto, e restituído quando possível à sua redação original depurada das modificações sofridas na obra de Justiniano.

§ 170 — Interpolações.

As várias comissões fizeram largo uso da faculdade, que lhes foi dada pelo Imperador, de modificar a alterar os textos dos juristas clássicos. Ora, os princípios formados para a investigação das interpolações pelos mais recentes escritores, podem resumir-se, segundo Riccobono, no seguinte:

1. — Confronto das passagens justinianéias com as dos textos originais, conhecidos através das relíquias da antiga jurisprudência. Várias constituições do Código conhecemo-las pelo Código Teodosiano; por conseguinte, também por meio delas é possível uma comparação. O resultado é indiscutível, pela sua evidência; mas os materiais de comparação em geral são escassos; por tal meio se puderam confrontar duzentos textos do Digesto e do Código, aproveitando-se, porém, muito das experiências já feitas. Também nos casos em que as fontes pré-justinianéias hajam chegado até nós desarticuladas ou de qualquer modo lacunosas, as relíquias servem para verificar os tópicos colhidos na compilação, investigando-se as poucas letras legíveis e a sua distribuição no exto lacunoso.

2. — As constituições de Justiniano, em primeiro lugar as *quinquaginta decisiones*, mas também as outras emitidas durante a formação do Digesto, contêm notícias muitas vêzes minuciosas das reformas introduzidas em muitos institutos jurídicos, insertas depois pelos Comissários nos fragmentos das Pandectas. Nestes casos, pode dizer-se que os remanescentes dos textos foram enunciados de modo oficial pelo Imperador. Todavia, êste critério não foi apreciado suficientemente por se ter até agora prestado pouca atenção ao estudo crítico do Código.

3. — Impossibilidade histórica de que o jurisconsulto houvesse podido escrever a passagem na forma como se encontra no Digesto; assim, no caso de encontrar menção de formas ou institutos novos, nos fragmentos extraídos das obras dos antigos.

4. — Contradições entre vários textos, e por vêzes, entre passagens tiradas da mesma obra de um mesmo autor. Certamente eram abundantes as controvérsias na antiga literatura jurídica, nem os compiladores puderam eliminá-las totalmente. Mas está também provado que, ao introduzirem as suas reformas, criaram novas antinomias; e por não poderem dominar tôda a massa dos fragmentos recolhidos retocaram alguns, deixando por descuido intactos muitos outros.

5. — Vícios lógicos e discordâncias mais ou menos graves emergentes dos textos, por omissões de períodos e trechos inteiros, ou por fusão de dois fragmentos em um só. Manobras dessa espécie são mais visíveis nas obras que continham notas feitas pelos juristas posteriores; ou nos casos em que os compiladores quiseram suprimir nomes de juristas, relações de controvérsias ou opiniões não aceitas.

6. — A língua e o estilo podem revelar as alterações sofridas pelos textos. O critério é então infalível se verificarmos que o uso de certos vocabulos é estranho ao latim dos três primeiros séculos; e próprio, por

vêzes, em razão do nôvo significado, ao léxico dos bizantinos; como no caso de dissonâncias sintáticas, de frases empoladas próprias dos compiladores gregos, uso de superlativos, que tornam a forma enfática. Particular importância, neste ponto de vista, tem o vocabulário e o estilo dos comissários justinianeus em oposição à fraseologia clássica. Muitos estudos particulares se fizeram a respeito da matéria, mas ainda resta muito a ser feito apesar dos esforços a fim de se determinarem as diferenças existentes entre o estilo dos clássicos, dos pós-clássicos e dos bizantinos. Não se deve porém, dar muita importância a êstes elementos de caráter filológico; e, antes de se afirmar a existência de uma interpolação justinianéia ou de uma glosa pós-clássica, é prudente verificar se o texto se não pode conciliar històricamente com o complexo dos fragmentos do *Corpus Iuris*.

§ 171 — Cronologia dos juristas romanos.

O número conhecido dos jurisconsultos da República e do Império, desde Sexto Élio, é de noventa e dois. Dêles vinte e dois são do período republicano e setenta do imperial. Reproduzimos a lista cronológica que se encontra no Apêndice II da Palingenesia de Lenel, acrescentado ao lado do nome de cada jurisconsulto do Império o título das obras que lhe são atribuídas, segundo o Apêndice I da mesma Palingenesia.

Na compilação de Justiniano foram utilizadas as obras de vinte e nove jurisconsultos, dos quais vinte e três do período imperial.

(a) Jurisconsultos do período republicano.

1. Sextus Aelius Paetus Cato, *cônsul* em 198 a. C.
2. Marcus Porcius Cato, *Censorius*, 234-149 a. C.
3. Marcus Porcius Cato, *Censorii filius*, 191 (?) - 153 a. C.
4. Manius Manilius, *cônsul* em 149 a. C.
5. Caius Livius Drusus, *cônsul*, 144 a. C.
6. Publius Mucius Scaevola, *cônsul* em 133 a. C.
7. Marcus Iunius Brutos, *coevo dêstes.*
8. Publius Rutilius Rufus, *cônsul* em 105 a. C.
9. Quintus Mucius Scaevola, *cônsul* em 95 a. C.; + 82.
10. Caius Aquilius Gallus, *pretor* em 66 a. C.
11. Caius Aelius Gallus, *coevo* (?)
12. Servius Sulpicius Rufus, *cônsul* em 51 a. C.; + 43.
13. Cornelius Maximus, *coevo dêste.*
14. Publius Alfeno Varo, *cônsul suffectus* em 39 a. C.
15. Aulus Ofilus
16. Publius Aufidius Namusa
17. Caius Ateius

(14–17: *discípulos de Servio Sulpicio Rufo*)

18. Cinna
19. Aulus Cascellius
20. Caius Trebatius Testa
21. Quintus Aelius Tubero, *mais jovem que êstes últimos.*
22. Blaesus, do mesmo tempo (?)

(b) **Jurisconsultos do Império e suas obras**

23. Marcus Antistio Labeo (*sob Augusto; primeiro chefe da Escola Proculiana*)
ad XII Tabulas libri
ad edictum praetoris peregrini libri
ad edictum praetoris urbani libri
epistularum libri
pithanon a Paulo epitomatorum libri VIII
posteriorum libri
responsorum libri
24. Caius Ateio Capito, *cônsul* em 5 d. C. (*primeiro chefe da Escola Sabiniana*)
25. Cartilius }
26. Fabius Mela } *contemporâneos*
27. Vitellius }
28. Masurius Sabinus (*sob Tibério e seus sucessores*)
ad edictum praetoris urbani libri
de furtis libri singularis
iuris civilis libri III;
memorialium libri
de officio adsessorum liber singularis
responsorum libri
ad Vitellium libri
29. Marcus Cocceius Nerva (pai), *cônsul* em 22 d. C.
30. Caius Cassius Longinus, *cônsul* em 30 p. C.; (*morreu sob Vespasiano*)
iuris civilis libri
31. Minicius (*discípulo de Sabino*)
32. Cocceius Nerva, *filho de Marco, pretor designado* em 65 d. C.
de usucapionibus libri
33. Proculus, *contemporâneo*
epistularum libri
ex posterioribus Labeonis libri
notae ad Labeonem
34. Atilicinus, *coevo de Proculo*
35. Caelius Sabinus, *cônsul* em 68 d. C.
ad edictum aedilium curulium
36. Pegasus, *cônsul e praefectus urbis sob Vespasiano* (69-79 d. C.).

37. Plutius, *coevo dêles*

38. Fulcinius Priscius, *contemporâneo dêles* (ou de Labeo?)

39. Fufidius, *contemporâneo dêstes*
quaestionum libri

40. Iuventius Celsus (pai), *sucessor de Pegaso*

41. Vivianus, *acêrca do mesmo tempo*

42. Aufidius Chius, *sob o imperador Domiciano* (anos 81-96 d. C.)

43. Octavenos, *sob os imperadores Domiciano e Trajano* (98-117 d.C.)

44. *Sextus Pedius, quase do mesmo tempo*
ad edictum libri
de stipulationibus libri

45. Iavolenus Priscus, *legado consular* em 90 d. C.
ex Cassio libri XV
epistularum libri XIV
ex Plautio libri V
ex posterioribus Labeonis libri X

46. Aristo, *discípulo de Cássio*, morreu depois de 105 d. C.
decreta Fontiana
digestorum libri

47. Campanus
48. Paconius
49. Puteolanus
50. Servilius — *quase contemporâneos*
51. Varius Lucullus
52. Varius Severus
53. Urseius Ferox

54. Neratius Priscus, *sob Trajano e Adriano* (117-138 d. C.)
regularum libri XV
membranorum libri VII
responsorum libri III

55. *Iuventius Celsus (filho), cônsul pela segunda vez em* 129 d. C.
commentariorum libri
digestorum libri XXXIX
epistularum libri
quaestionum libri

56. Laelius Felix, *sob Adriano* (117-138)
ad Quintum Mucium libri

57. Salvius Iulianus, *sob Adriano e Antonino Pio* (138-161 d. C.)
de ambiguitatibus liber sing.
digestorum libri XC
(ad edictum libri)

ad Minicium libri
ad Urseium Ferocem libri IV

58. Sextus Pomponius, *sob Adriano, Antonino Pio e Marcos e Vero* (até 172))
ad edictum libri
enchiridii liber sing. e libri II
epistularum libri
epistularum et variarum lectionum libri XX
de fideicommissis libri V
ad Quintum Mucium libri XXXIX
notae ad Aristonis digesta
ex Plautio libri VII
regularum liber sing.
ad Sabinum libri XXXVI
de senatus consultis libri V
de stipulationibus libri
variarum lectionum libri

59. Arrianus, *contemporâneo de Pompônio?*
de interdictis libri

60. Pactumeius Coemens }
61. Vindius Vero } *cônsules em* 138 d. C.

62. Aburnius Valens, *quase contemporâneo dêstes*
actionum libri
de fideicommissis libri VII

63. Africanus, *quase do mesmo tempo, discípulo de Iuliano*
epistularum libri
quaestionum libri

64. Mauricianus
notae ad Iuliani digesta (?)

65. Publicius }
66. Terentius Clemens } *quase do mesmo tempo*
ad legem Iuliam et Papiam libri XX

67. Venuleius Saturninus, *sob Antonino Pio* (138-161 d. C.) *e os divi* Fratres (161-172)
actionum libri X
(*disputationum libri*)
(*ad edictum libri*)
de interdictis libri VI
de iudiciis publicis libri III
de officio proconsulis libri IV
de poenis paganorum liber sing.
de stipulationibus libri XIX

68. Gaius (*sob o reinado de Adriano e dos seus sucessores; morreu depois de* 178 d. C.)
de casibus liber singularis

dotalicion lib. sing.
ad edictum praetoris urbani libri
ad edictum aedilium curulium libri II
ad edictum provinciale lib. XXX
de fideicommissis lib. II
de formula hypothecaria lib. sing.
institutionum lib. IV
ad legem XII Tabularum lib. VI
ad legem Glitiam (?) lib. sing.
ad legem Iuliam et Papiam lib. XV
de manumissionibus lib. III
ex Quinto Mucio libri
regularum lib. III
regularum lib. sing.
rerum cottidianarum (sive aureorum) lib. VII
ad senatus consultum Orphitianum lib. sing.
ad senatus consultum Tertullianum lib. sing.
de tacitis fideicommissis lib. sing.
de verborum obligationibus lib. III

69. Maecianus, (*sob o reinado de Antonino Pio e dos seus sucessores; foi morto em* 175 d. C.).
quastionum de fideicommissis lib. XVI
de iudiciis publicis lib XIV
de lege Rhodia

70. Marcelus (*sob o reinado de Antonino Pio e de Marco Aurélio*)
ad legem Iuliam et Papiam lib VI
notae ad Iulianum et Pomponium
de officio consulis libri
(de officio praesidis)
(de publicis iudiciis)
responsorum lib. sing.

71. Papirius Fronto (*contemporâneo?*)
responsa

72. Papirius Iustus (*contemporâneo*)
constitutionum lib. XX

73. Tarrantenus Paternus (*sob o reinado de Marco e de Comodo*)
de re militari lib. IV

74. Cervidius Scaevola (*sob o reinado de Marco, Cômodo e Setímio Severo*
digestorum lib. XL
quaestionum lib XX
quaestionum publice tractarum lib sing.
regularum lib. IV
responsorum lib. VI

75. Florentinus
institutionum lib. XII

76. Aemilius Papinianus (*sob o reinado de Setímio Severo e Caracala; morto em* 212 d. C.).
 de adulterüs lib. II
 de adulteriis lib. sing.
 definitionum lib II
 quaestionum lib XXXVII
 responsorum lib. XIX

77. Callistratus (*sob o reinado de Severo e Caracala*)
 de cognitionibus lib. VII
 ad edictum monitorium lib. VI
 institutionum lib. III
 de iure fisci et populi lib. IV
 quaestionum lib II

78. Messius (*contemporâneo de Papiniano*)

79. Arrius Menander (*sob o reinado de Severo e Caracala*)
 de re militari lib. IV

80. Tertullianus
 de castrensi peculio lib. sing.
 quaestionum lib. VIII

81. Claudius Tryphoninus (*sob Severo*)
 disputationum lib. XXI
 notae ad Scaevolam

82. Iulius Paulus (*até Alexandre Severo*)
 de actionibus lib. sing.
 de adsignatione libertorum lib. sing.
 de adulteriis lib. III
 de adulteriis lib. sing.
 de appellationibus lib. sing.
 de articulis liberalis causae lib. sing.
 brevium (brevis edicti) lib. XXIII
 de censibus lib. II
 de centumviralibus iudiciis lib. sing.
 de cognitionibus lib. sing.
 de conceptione formularum lib. sing.
 de concurrentibus actionibus lib. sing.
 decretorum ib. IIII
 de donationibus inter virum et uxorem lib. sing.
 de dotis repetitione lib. sing.
 peri disapospaston
 ad edictum edilium curulium lib. II
 ad edictum praetoris lib. LXXVIII
 epitomae Alfeni digestorum
 epitomae Labeonis pithanon
 de excusationibus tutelarum lib. sing.
 de extraordinaris criminibus lib. sing.
 de fideicommissis lib. III

de gradibus et adfinibus et nominibus eorum lib. sing.
hipothecaria monobiblos
imperialium sententiarum in cognitionibus prolatarum lib. VI
de iniuriis lib. sing.
de inofficioso testamento lib. sing.
institutionum lib. II
de instrumenti significatione lib. sing.
de intercessionibus feminarum lib. sing.
de iure codicillorum lib. sing.
de iure fisci lib. sing.
de iure libellorum lib. sing.
de iure patronatus lib. sing.
de iure patronatus quod est lege Iulia et Papia venit lib. sing.
de iure singulari lib. sing.
de iuris et facti ignorantia lib. sing.
de iurisdictione tutelari (ed. II) libri
ad legem Aeliam Sentiam lib. III
ad legem Cinciam lib. sing.
ad legem Falcidiam lib. sing.
ad legem Fufiam Caniniam lib. sing.
ad legem Iuliam lib. sing.
ad legem Iuliam et Papiam lib. X
ad legem Vellaeam lib sing.
de legibus lib. sing.
de legitimis hereditatibus lib. sing.
de liberali causa lib. sing.
de libertatibus dandis lib. sing.
manualium lib. III
ad municipalem lib. sing.
ad Neratium lib. IV
notae ad Iavolenum, Iulianum, Labeonem, Papinianum, Scaevolam
de officio adsessorum lib. sing.
de officio praefecti urbis lib. sing.
de officio praefecti vigilum lib. sing.
de officio praetoris tutelaris lib. sing.
de officio proconsulis lib. II
ad orationem divorum Marci Antonini et Commodi lib. sing.
ad orationem divi Severi lib. sing.
(ad orationem divi Severi et Commodi)
pithanon Labeonis epitomae
ad Plautium lib. XVIII
de poenis militum lib. sing.
de poenis paganorum lib. sing.

de portionibus quae liberis damnatorum conceduntur lib. sing.
de publicis iudiciis lib. sing.
quaestionum lib. XXVI
ad regulam Catonianam lib. sing.
regularum lib. VII
regularum lib. sing.
responsorum lib. XXIII
ad Sabinum lib. XVI
de secundis tabulis lib. sing.
de senatusconsultis lib. sing.
ad S. C. Claudianum lib. sing.
ad S. C. Libonianum lib. sing.
ad S. C. Orphitianum lib. sing.
ad S. C. Silanianum lib. sing.
ad S. C. Tertullianum lib. sing.
ad S. C. Turpillianum lib. sing.
ad S. C. Vellaeanum lib. sing.
sententiarum ad filium lib. V
de septemviralibus iudiciis ou de centumviralibus iudiciis.
de tacitis fideicommissis lib. sing.
de testamentis lib. sing.
de usuris lib. sing.
variarum lectionum lib. sing.
ad Vitellium lib. IV

83. Domitianus Ulpianus (*sob o reinado de Setímio Severo e seus sucessores; morto em 228 d. C.*)

de adulteriis ou ad legem Iuliam de adulteriis lib. V
de appellationibus lib. IV
de censibus lib. VI
ad edictum aedilium curulium lib. II
ad edictum praetoris lib. LXXXI
de excusationibus lib. sing.
de fideicommissis lib. IV
institutionum lib. II
ad legem Aeliam Sentiam lib. IV
ad legem Iuliam de adulteriis lib. V
ad legem Iuliam et Papiam lib. XX
notae ad Marcelli digesta et Papiniani responsa
de officio consularium lib. sing.
de officio consulis lib. III
de officio curatoris rei publicae lib. sing.
de officio praefecti urbi lib. sing.
de officio praefecti vigilum lib. sing.
de officio praetoris tutelaris lib sing.
de officio proconsulis lib. X
de officio quaestoris lib. sing.

de omnibus tribunalibus lib. X
opinionum lib. VI
pandectou biblia deca
pandectarum lib. sing.
regularum lib. VII
regularum lib. sing.
responsorum lib. II
ad Sabinum lib. LI
de sponsalibus lib. sing.

84. Marcianus
de appellationibus lib. II
de delatoribus lib. sing.
(digesta)
ad formulam hypothecariam lib. sing.
institutionum lib. XVI
de iudiciis publicis lib. II
notae ad Papiniani de adulteriis libros
regularum lib. V
ad S. C. Turpillianum lib. sing.

85. Macer (*sob o reinado de Alexandre Severo*)
de appellationibus lib. II
de iudiciis publicis lib. II
ad legem vicesimam hereditatium lib. II
de officio praesidis lib. II
de re militari lib. II

86. Iulius Aquila

87. Herennius Modestinus (*discípulo de Ulpiano; morreu depois de* 239 *d.* C.)
de differentia dotis lib sing.
differentiarum lib. IX
de enucleatis casibus lib sing.
de excusationibus lib. VI
de heurematicis lib. sing.
de inofficioso testamento lib. sing.
de legatis et fideicommissis lib. sing.
de manumissionibus lib. sing.
(ad. Q. Mucium)
pandectarum lib. XII
de poenis lib. IV
de praescriptionibus lib. sing.
(de praescriptionibus libri)
regularum lib. X
responsorum lib. XIX
de ritu nuptiarum lib. sing.
de testamentis lib. sing.

88. Licinius Rufinus
regularum lib. XII

89. Furius Anthianus
ad edictum libri

90. Rutilius Maximus
ad legem Falcidiam lib. sing.

91. Archadius Charisius (do IV século d. C.)
de muneribus civilibus lib. sing.
de officio praefecti praetorio lib. sing.
de testibus lib. sing.

92. Hermogenianus (do IV século d. C.)
iuris epitomarum lib. VI
(fideicommissorum libri)

§ 172 — Cronologia dos imperadores romanos.

	27 a. C.	14 d. C.	Caius Caesar Octavianus, depois Imperador Caesar AUGUSTUS
(19.8)	14 d. C.	37	TIBERIUS Claudius Nero
(16.3)	37	41	Caius Caesar (chamado CALIGULA)
(25.1)	41	54	Tiberius CLAUDIUS
(13.10)	54	68	Claudius NERO
(11.6)	68	69	Servius Sulpicius GALBA
(15.1)	69	69	M. Salvius OTHO
(25.4)	69	69	A. VITELLIUS
(1.7)	69	79	Titus Flavius VESPASIANUS
(23.6)	79	81	TITUS Flavius Vespasianus
(setembro)	81	96	T. Flavius DOMITIANUS
(18.9)	96	98	M. Cocceius Nerva
(25.1)	98	117	Ulpius Nerva TRAIANUS
(agôsto)	117	138	T. Aelius HADRIANUS
(10.1)	138	161	T. Aelius Hadrianus ANTONINUS PIUS (divus Pius)
(7.3)	161	172	M. AURELIUS Antoninus et LUCIUS VERUS (divi Frates)
(janeiro)	172	180	M. AURELIUS Antoninus (sòzinho)
(março)	180	192	L. Aelius Aurelius COMMODUS
(janeiro)	193		PERTINAX; DIDIUS IULIANUS
(junho)	193	211	SEPTIMUS SEVERIUS
(fevereiro)	211	212	M. Aurelius Severus Antoninus (chamado CARACALA) e P. Septimus Antoninus GETA

(fevereiro)	212	217	M. Aurelius Severus Antoninus (chamado CARACALA, sòzinho)
(8.4)	217	218	M. Opellius MACRINUS
(8.6)	218	222	ELAGABALUS
(11.3)	222	235	ALEXANDER SEVERUS
(19.3)	235	238	C. Iulius Verus MAXIMINUS
(15.2)	238		GORDIANUS I e II
	238	244	GORDIANUS III
(março)	244	249	PHILIPPUS I
(outubro)	249	251	DECIUS
(novembro)	251	253	TREBONIANUS GALLUS
	253		A. AEMILIANUS
	253	260	P. Licinius VALERIANUS et P. Licinius GALLIENUS
	261	268	P. Licinius GALLIENUS
(março)	268	270	M. Aurelius CLAUDIUS II
(agôsto)	270	275	AURELIANUS
(setembro)	275	276	TACITUS
(abril)	276		FLORIANUS
(abril)	276	282	PROBUS
(setembro)	282	283	M. Aurelius CARUS
(dezembro)	283	284	NUMERIANUS e CARINUS
(setembro)	284	305	DIOCLETIANUS e MAXIMIANUS
(1.5)	305	306	VALERIUS e CONSTANTIUS I
	306	307	GALERIUS e SEVERUS II
	307	323	GALERIUS, LICINIUS, MASSENTIUS, MAXIMIANUS, CONSTANTINUS MAXIMUS
(julho)	324	337	CONSTANTINUS
(setembro)	337	340	CONSTANTINUS II, CONSTANS eCONSTANTIUS II
(abril)	340	350	CONSTANS e CONSTANTIUS II
	350	361	CONSTANTIUS II
	361	363	IULIANUS APOSTATA
	363	364	IOVIANUS
	364	375	VALENTINIANUS I e VALENS
	375	378	VALENTINIANUS II e VALENS
	379	392	VALENTINIANUS II e THEODOSIUS I
	392	395	THEODOSIUS I

(NA PARTE OCIDENTAL)

395	423	Honorius
423	425	Johannes
425	455	Valentinianus II
455		Petronius Maximus
455	456	Avitus
457	461	Maiorianus
461	465	Severus III
467	472	Anthemisius
472		Olybrius
473	474	Glycerius
474	475	Nepos
475	476	Romulus Augustulus

(NA PARTE ORIENTAL)

395	407	Arcadius
408	450	Theodosius II
450	457	Marcianus
457	474	Leo I
474	491	Zeno
491	518	Anastasius
518	527	Iustinus I
527	565	Iustinianus I

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

Prescindindo asd obras pandectistas, que tratam do direito romano vigente e das quais a principal continua a ser sempre a de Bernardo Windscheid, como também dos esplêndidos tratados de Lafayette, bastamente conhecidos, sem número são os modernos manuais de direito romano, muitos dos quais aproveitamos para a redação dêste livro.

Com o fito de orientar o estudante desejoso de aprofundar seus conhecimentos, indicaremos em seguida alguns, dando-lhes as principais características.

Em português, notável é a obra do Prof. Mattos Peixoto, *Curso de direito romano,* tom. I, 2.ª ed., Rio 1952; espera-se a publicação do segundo volume.

Em espanhol citamos Rizzi, *Tratado de derecho privado romano,* Buenos Aires 1936; E. Dihigo, *Apuntos de derecho romano* (2.ª ed.), Habana 1951, simples e claro; J. Iglesias, *Instituciones,* 2 volumes., Barcelona, 1951.

Entre os manuais italianos não podemos omitir o pequeno mas precioso de Ferrini, *Manuale di Pandette* (3 ed. ristampa) Milano 1917, adaptado antes para estudiosos adiantados; a forte obra de Perozzi, *Istituzioni di diritto romano,* (2 vols) 2 ed., Roma 1928, potente de pensamento e rica de hipóteses históricas e jurídicas; a obra prima de Bonfante, *Istituzioni di diritto romano* (10 ed., ristampa) Torino 1946, vibrante de fôrça construtora. Recheiada de textos e de bibliografia é a de Di Marzo, *Istituzioni di diritto romano* (5 ed.) Milano 1946; exuberante de idéias, a de Arangio-Ruiz, *Istituzioni di diritto romano* (10 ed.) Napoli 1948; construtora, a obra de Betti, *Istituzioni di diritto romano* (2 ed., ristampa) Padova 1947; orientada por experiência ampla e profunda a de Biondi, *Istituzioni di diritto romano* 2.ª ed., Milano 1953; notável, a de Voci, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1949, com nova e interessante orientação. Com objetivos práticos o manualzinho de Sanfilipo, *Istituzioni di diritto romano* (2 ed.), Napoli 1946; ainda mais límpida e viva, para os estudiosos do direito atual, a obra de Filippo Serafini, que educou os juristas italianos (10. ed. 2 vols., Roma 1921).

Muitos são os manuais franceses: no de Girard, *Manuel élémentaire de droit romain* (8 ed.), Paris 1929, o estudante encontrará sempre a elucidação de difíceis problemas de história e direito; no de Cuq, *Insti-*

tutions juridiques des romains (2 ed.) 1928, notável documentação de textos epigráficos; no de May, *Éléments de droit romain* (18 ed.) Paris 1932, uma límpida exposição; no de Monier, *Manuel de droit romain*, 2 vols. (2 ed.) Paris 1947-1948, rica bibliografia moderna e valorização dos mais recentes resultados da crítica moderna.

Os manuais em língua inglesa se distinguem pela tentativa de adaptar-se à mentalidade jurídica anglo-saxônia; batida de luz, a obra de Radin, *Handbook of roman law*, St. Paul, Minn. 1927, e de altíssimo valor a de Buckland, *A text book of Roman law* (2 ed.) Cambridge 1950. De finalidade didática a de Lee, *The elements of roman law* (2 ed.) London 1946; de valor sempre atual a obra de J. Spenser Muirhead, *An outline of Roman Law*, 2.ª ed., Edinburgh 1947; ao par com a crítica mais recente, F. Schulz, *Classical Roman Law*, Oxford 1951.

Entre as obras alemãs, o livro de Sohm educou muitas gerações de estudiosos; a última edição se intitula: Sohm-Mitteis-Wenger — *Institionen* (17 ed.) Berlim 1949. Rigoroso e técnico, o livro de Joers-Kunkel-Wenger — *Roemisches Recht* (3 ed.) Berlim 1949; em função do direito moderno a obra de WEISS, *Institutionen*, (2.ª ed.), Basel 1949.

Para o estudo de Gaio hoje indispensáveis são os dois volumes de F. de Zulueta, *The Institutes of Gaius*, Part. I. Text with critical notes and translation; Parte II, Commentary, Oxford 1946 e 1953. — O texto da ed. Zulueta serviu para as *Institutas de Gaio* (e *de Justiniano*) *vertidas para o português* pelo Prof. A. A. C. Correia, em confronto com o texto latino (e as notas de Zulueta); constitui o 2.º vol. do *Manual de Direito Romano*, S. Paulo, Saraiva S. A., 1955, 2.ª ed.

Para a história do direito romano, a chamada história externa, isto é, a história das fontes e da literatura jurídica, o estudioso poderá consultar com proveito a obra do Prof. Reynaldo Porchat, *Curso elementar de direito romano*, Vol. 1 (2 ed.) S. Paulo 1937. Mas fundamentais nessa matéria são Paul Krüger, *Geschichte der Quellen* (2 ed.) Muenchen 1912, com tôda a documentação de textos; Fritz Schulz, *History of Roman legal science*, Oxford 1946, com rica bibliografia. Útil será também a leitura de Riccobono, *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano* (2 ed.), Milano 1949.

As revistas especializadas em direito romano são:

Zeitschrift der Savigny-Stiftung fuer Rechtsgeschichte, Romanistiche Abteilung (desde 1879), na Alemanha; *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano* (desde 1888), *Studia et Documenta Historiae et Juris* (desde 1935); *Iura* (desde 1950), revista preciosa por dar notícia de tôda a bibliografia romanística de cada ano, como também das atividades didáticas e científicas dos professôres de direito romano de todo o mundo, na Itália; *Révue historique de droit* (última série desde 1922), na França; *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* (desde 1918) na Holanda; *Seminar* (desde 1943), nos Estados Unidos; *Révue internationale des droits de l'antiquité* (desde 1948), na Bélgica.

Mais porém do que nos manuais e nos artigos dos comentadores e críticos, o direito romano deve estudar-se nas fontes. As mais perfeitas edições delas são: *Corpus Juris Civilis*, edição de Mommsen-Krüger-Kroll em três volumes: n. 1.º as Inst. e *o* D.; *no* 2.º o C.; n. 3.º as Nov. A *Palingenesia Iuris Civilis* de O. Lenel, Leipzig, 1889, 2 v. As fontes anteriores a Justiniano e independentes de sua compilação são editadas por Riccobono (e outros), *Fontes juris romani anteiustiniani*, 3 vols. (2 ed.) Florença 1940-1943; Girard, *Textes de droit romain* (6.ª ed.), Paris, 1937. O *Codex Theodosianus* foi editado por último por Mommsen e Mayer, Berlim 1905; em inglês, por Pharr, Princeton 1952. — V. ainda a monumental obra de Leopold Wenger, *Die Quellen des roemischen Rechts*, Win 1953 — Berger, t., *Encyclopedic dictionnary of Roman Law*, Philadelphia 1953 — Heumann-Seckel, *Handlexikon zu den Quellen des roemischen Rechts,* Jena 1907, Graz., 1958.

Indices e dicionários facilitam as pesquisas dos estudiosos. Aqui indicamos: Zanzucchi, *Vocabulario delle Istituzioni di Gaio, Milano* (s. d.); G. Rotondi, *Index librorum opinionum Ulpiani,* Scritti giuridici, I 1922, p. 455; Sciascia, *Index das Regras de Ulpiano comparadas com Gaio,* S. Paulo 1952; Levy, *Ergänzungsindex zu iura und leges,* Weimar 1930; Gradenwitz, *Index zum Theodosianus,* Berlim 1925-1929; *Vocabularium jurisprudentiae Romanae* (por vários autores, ainda inacabado); v. Mayer, *Vocabularium Codicis Justiniani,* Lipsiae 1923-1925; Ambrosino, *Vocabularium Institutionum Iustiniani, Mediolani,* 1943; C. Longo, *Vocabulario delle costituzioni latine di Giustiniano,* in Bull. Ist. Dir. Rom. 1897.